Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht,
und
Dr. Th. Olshausen, Landrichter in Potsdam,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

9. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1911 umfassend).

Berlin, 1911.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—9 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrg. 1.	Jahrg. 2.	Jahrg. 3.	Jahrg. 4.	Jahrg. 5.	Jahrg. 6.	Jahrg. 7.	Jahrg. 8.	Jahrg. 9.
BGB. nebst Einführungsgesetz . .	**1** 1 ff. **2** 1 ff.	**1** 1 ff.	**1** 1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.
GVG., ZPO. nebst Einführungsgesetz	**3** 1 ff.	—	**2** 320 ff.	663 ff.	736 ff.	724 ff.	709 ff.	698 ff.	639 ff.
Handelsgesetzbuch		**2** 1 ff.	**2** 1 ff.	556 ff.	637 ff.	600 ff.	591 ff.	590 ff.	544 ff.
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	**2** 176 ff.	850 ff.	988 ff.	—	978 ff.	—	864 ff.
Grundbuchordnung		**2** 395 ff.	**2** 145 ff.	828 ff.	962 ff.	1020 ff.	942 ff.	880 ff.	924 ff.
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		**2** 478 ff.	**2** 253 ff.	800 ff.	942 ff.	972 ff.	—	1151 ff.	—
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung . . .		**2** 361 ff.	**2** 290 ff.	771 ff.	902 ff.	937 ff.	894 ff.	841 ff.	813 ff.
Reichshaftpflichtgesetz		**2** 317 ff.	**2** 134 ff.	870 ff.	1027 ff.	1060 ff.	1039 ff.	933 ff.	974 ff.
Wettbewerbsgesetze		**2** 336 ff.	**2** 611 ff.	879 ff.	1038 ff.	1072 ff.	1048 ff.	939 ff.	987 ff.
Personenstandsgesetz		**2** 333 ff.	**2** 172 ff.	868 ff.	—	1056 ff.	—	921 ff.	—
Seerechtl. Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz . .		**2** 269 ff.	**2** 117 ff.	655 ff.	729 ff.	718 ff.	699 ff.	691 ff.	632 ff.
Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung		—	**2** 121 ff.	—	—	722 ff.	704 ff.	695 ff.	638 ff.
Gesellschaft m. b. H.		**2** 274 ff.	—	896 ff.	—	1086 ff.	1063 ff.	954 ff.	994 ff.
Genossenschaftsgesetz		**2** 297 ff.	—	908 ff.	—	1112 ff.	1090 ff.	975 ff.	1014 ff.
Hypothekenbankgesetz		—	**2** 126 ff.	—	734 ff.	—	709	—	—
Patentgesetz		—	**2** 632 ff.	—	1053 ff.	—	1100 ff.	—	1022 ff.
Gebrauchsmusterschutz . . .		—	**2** 645 ff.	—	1066 ff.	—	1129 ff.	—	1064 ff.
Warenzeichenrecht		—	**2** 648 ff.	—	1068 ff.	—	1135 ff.	—	1070 ff.
Gewerbliche Schutzgesetze . .		—	**2** 660 ff.	—	1078 ff.	—	1153 ff.	—	1082
Bild. Künste u. Photographie		—	—	—	—	—	1155 ff.	—	1083 ff.
Literatur und Tonkunst . .		—	**2** 667 ff.	—	1079 ff.	—	1158 ff.	—	1085 ff.
Verlagsrecht		—	**2** 677 ff.	—	1083	—	1165 ff.	—	1088
Intern. Urheberrechtsschutz .		—	—	—	—	—	1167 ff.	—	1089 ff.
Börsengesetz		—	—	—	—	—	1169 ff.	—	—
Gewerbeordnung		—	—	915 ff.	—	—	—	—	—
Wechselordnung		—	—	981 ff.	—	1129 ff.	—	984 ff.	—
Bankdepotgesetz		—	—	—	731 ff.	—	708 ff.	696 ff.	—
Versicherungsrecht		—	—	—	1084 ff.	—	—	1005 ff.	—
Gerichtskostengesetz		—	—	—	—	1146 ff.	—	—	—
GebührenO. für Zeugen und Sachverständige		—	—	—	—	1179 ff.	—	—	—
GebührenO. f. Gerichtsvollz.		—	—	—	—	1188 ff.	—	—	—
GebührenO. für RechtsAnw.		—	—	—	—	1192 ff.	—	—	—
Weingesetz		—	—	—	—	—	—	—	1090
Reichserbschaftssteuergesetz .		—	—	—	—	—	—	—	1091 ff.
Reichsstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	1092 ff.
Preuß. Stempelsteuergesetz .		—	—	—	—	—	—	—	1097 ff.

Mitarbeiter des neunten Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht, sowie Buch V;

Dr. F. Friedenthal, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch I §§ 21—89;

Dr. Gottschalk, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 783—853; §§ 1589—1615, 1705—1772; Wettbewerbsgesetze;

Güthe, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht; Grundbuchordnung;

Dr. Eugen Josef, Rechtsanwalt und Notar in Freiburg i/Br.: Freiwillige Gerichtsbarkeit;

Dr. Krech, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X;

Dr. Leander, Rechtsanwalt in Berlin: Warenzeichenrecht; Gewerbliche, künstlerische und literarische Schutzgesetze, Internationaler Urheberrechtsschutz; Verlagsrecht; Weingesetz;

Dr. Meister, Gerichtsassessor in Halle a. S.: Reichserbschaftssteuergesetz; Reichsstempelgesetz und Preußisches Stempelsteuergesetz;

Dr. Th. Olshausen, Landrichter in Potsdam: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme der Juristischen Personen); §§ 433—597; Buch III mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; §§ 1297—1362, 1564—1588;

Dr. Philipsborn, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—432, 598—702, 759—782; GVG., EGZPO., ZPO. Buch I—VII;

Dr. Rieß, Magistratsassessor in Berlin: BGB. §§ 705—758; HGB. Buch I—II; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. Schaps, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Vormbaum, Landrichter in Charlottenburg: EGBGB.; EGHGB; HGB. §§ 1—104, 343—406;

Dr. Ludwig Wertheimer, Rechtsanwalt in Frankfurt a/M.: Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutz;

Dr. Wolff, Regierungsrat bei der Eisenbahnverwaltung in Cassel: HGB. §§ 407—473; EisenbVO.; Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter.
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayerische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
FürsorgeZ. = Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HaftpflG. = Gesetz betr. die Verbindlichkeit z. Schadensersatze f. d. bei dem Betriebe v. Eisenbahnen usw. herbeigeführten Tötungen u. Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
Hansa = Deutsche naut. Zeitschrift.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).

JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PucheltsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger, mit folgender Band- und Seitenzahl.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RG. (Straff.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs. Ober-Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAV. = Zentralblatt der Abgaben-Gesetzgebung und Verwaltung in den Königlich Preußischen Staaten.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.

ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZIPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➵ ⇜ = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
➵ Red. ⇜ = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheidung des betr. Oberlandesgerichts [z. B. DJZ. **05** 445 (Hamm)].

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Vorbemerkung zum Allgemeinen Teil.

1. Die Abhandlung von *Gustav Schwarz, „Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtszweck" (ABürgR. 35 10—90), wendet sich, in Anknüpfung an die Ausführungen desselben Verfassers ABürgR. 32 (JDR. 7 Vorbem. Nr. 1), gegen die herrschende Auffassung vom „Rechtssubjekt" und den „Personen". So allgemein verbreitet die Vorstellung auch sei, die (natürlichen und juristischen) „Personen" als „Subjekte" der Rechte zu betrachten, so inhaltlos und irreführend sei sie. Der Satz: irgend jemand oder irgend etwas sei „Subjekt, Inhaber, Träger, Substrat usw." eines Rechtes, sei eine Redensart, hinter welcher kein deutlicher Sinn stecke. Denn man operiere seit Jahrhunderten mit den Begriffen R.subjekt, R.inhaber usw. und streite über die Frage, wer z. B. im Falle der juristischen Person das R.subjekt sei, ohne vorher auch nur die Frage aufgeworfen zu haben, was man unter der Vorstellung: jemand sei Subjekt eines Rechtes, sich eigentlich denke? Die Vorstellung, daß ein Recht dem A. „gehöre" („zustehe" usw.), oder (was dasselbe bedeutet) daß A. „Subjekt, Inhaber, Träger usw." dieses Rechtes sei, kann zweierlei bedeuten: 1. daß es dem A. erlaubt oder daß er rechtlich befähigt sei, über das Recht zu verfügen, d. h. durch seine Willenserklärung darin irgendeine Änderung hervorzubringen, 2. daß das Recht die Bestimmung habe, irgendeinem Interesse (einem Zwecke) des A. zu dienen. Im ersteren Sinne könne ein Recht nur (einem oder mehreren) Menschen, und zwar nur Menschen von normalem Verstand und Willen zustehen, denn vernünftigerweise wird der Gesetzgeber einem Kinde oder einem Narren weder die Fähigkeit noch die Erlaubnis geben, Rechtsänderungen ihrem Willen gemäß hervorzubringen. Wollte man also unter R.subjekt die „Verfüger" verstehen, so könnte es keine anderen als „natürliche" R.subjekte, d. h. Menschen (und zwar Menschen mit normalem Verstand und Willen) geben; die Rechte der Vereine, Stiftungen, Kinder, Geisteskranken gehörten in Wahrheit nicht diesen, sondern ihren heute sogenannten „Organen" resp. „Vertretern"; das Vermögen eines Menschen wäre die Gesamtheit jener Rechte, über die er verfügen kann; ein jedes Recht gehörte seinem Subjekte nur so lange, als dieses darüber zu verfügen imstande ist; ein Recht, dessen Verfüger, wenn auch nur vorübergehend (Tod, Vernunftverlust, Schlaf usw.) wegfällt, würde inzwischen subjektlos sein, d. h. in niemandes Vermögen gehören usw. Keine dieser Konsequenzen läßt sich halten und folglich kann die oben unter 1 gegebene Erklärung des Begriffs „R.subjekt, R.träger usw." nicht richtig sein. Zu durchaus richtigen Resultaten gelangen wir hingegen, wenn wir dem Ausspruche „dieses Recht gehört dem A., A. ist Subjekt dieses Rechtes" den Sinn der Nr. 2 beilegen. In diesem Falle gehört das Recht des Kindes, des Geisteskranken diesem in dem Sinne, daß es seine (nicht aber des Vertreters) Interessen zu fördern bestimmt ist; es behält diese Bestimmung und bleibt folglich sein Recht, auch wenn der Verfüger wegfällt oder wechselt; ein Vermögen bildet die Gesamtheit jener Rechte, die dieselbe Zweckbestimmung (Förderung desselben Interesses) haben. Die Zweckbestimmung eines Rechtes (oder der sämtlichen je ein Vermögen bildenden Rechte) kann aber nicht nur in der Förderung der gesamten Lebensinteressen eines einzelnen Menschen bestehen. Denn es gibt Rechte, die die Bestimmung haben, nur ein gewisses einzelnes Interesse eines

bestimmten Menschen zu fördern (z. B. Stiftung zur künstlerischen Ausbildung eines talentierten Kindes; kaufmännisches Sondervermögen usw.); es gibt Rechte, die die Bestimmung haben, ein gewisses gemeinschaftliches Interesse mehrerer Menschen zu fördern (z. B. Vermögen egoistischer Vereine, Gesellschaften); es gibt Rechte, die die Bestimmung haben, andere als die Interessen bestimmter Menschen zu fördern (z. B. Gemeingebrauchsrechte, Stiftungen zu Zwecken der Wohltätigkeit, der Wissenschaft und Kunst, zur Bekehrung der Heiden, Entdeckung des Südpols usw.). Derselbe Mensch kann mehrere Vermögen (Sondervermögen) haben, mehrere Menschen können ein Vermögen haben (offene Handelsgesellschaft), es kann endlich Vermögen ohne Menschen als Subjekte geben (Stiftung für Tierschutz). Wenn sonach nicht jedes Recht und Vermögen einen Menschen als „Subjekt", wohl aber jedes eine rechtliche Zweckbestimmung haben muß: so bedeutet das Subjekt einen zufälligen, der Zweck hingegen einen wesentlichen Beziehungspunkt des Rechtes und des Vermögens. Was wir heutzutage „Subjekt" eines Rechtes (oder eines Vermögens) nennen, ist in Wahrheit sein Zweckgegenstand, d. h. dasjenige Wesen, dessen Bedürfnisbefriedigung (Interesse) der Zweck des betreffenden Rechtes (resp. des Vermögens) ist. Ein solcher Zweckgegenstand kann aber auch ein anderes Wesen als der Mensch sein: Tier, Pflanze, ja leblose Gegenstände (z. B. Stiftung zur Restauration von Antiquitäten), ja bloß vorgestellter Wesen (Tote, Heilige usw.), denen die rechtsetzenden Menschen Bedürfnisse zuschreiben. Es gibt aber auch Rechts-(Vermögens-)zwecke ohne Zweckgegenstand: intransitive Zwecke (Stiftung zur Entdeckung des Südpols). Es ist daher falsch, den Zweckgegenstand oder gar bloß den menschlichen Zweckgegenstand (sog. „Subjekt") zum entscheidenden Beziehungspunkte der Rechte zu machen; diese Rolle kommt vielmehr dem Zwecke zu. Alle Rechte gehören nicht „jemandem", sondern sie gehören „für" irgendeinen Zweck, nicht ad aliquem, sondern ad aliquid. Die Rechte der sog. natürlichen Person gehören in Wahrheit „für" den Zweck der Förderung ihrer Lebensbedürfnisse, ebenso wie die Rechte der sog. juristischen Person für den Zweck gehören, der in den Organisationsbestimmungen jener umschrieben ist. Zur zweckgemäßen Verwaltung der Rechte bedarf es in beiden Fällen eines menschlichen Besorgers (Zweckvertreters). Dieser ist im ersteren Falle normalerweise der Zweckgegenstand selbst, falls diese Eigenbesorgung nicht möglich oder nicht ratsam ist (unreifes Alter, Wahnsinn, Leichtsinn usw.), wird ein Fremdvertreter bestellt; im zweiten Falle steht die Zweckbesorgung den sog. „Organen" zu. Sobald man die irreführende Vorstellung vom „Subjekte" fallen läßt und an ihre Stelle den „Rechtszweck" und den „Zweckvertreter" setzt, entfällt die Zweiteilung von natürlichen und juristischen Personen mit ihren sämtlichen unlösbaren, weil auf falscher Fragestellung beruhenden, Schwierigkeiten. Diese Gedanken führt Verf. gegenüber den abweichenden Auffassungen Hölders (Naturl. u. jurist. Personen), Binders (Das Problem der jurist. Pers.), Stammlers (Unbestimmtheit des R.subj.) u. Enneccerus (Lehrb. d. bürg. R.) polemisch eingehend aus.

2. Das Wartrecht. *Semeka, AbürgR. **35** 121 f. Wartrecht und Anwartschaft ist eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung. Die Begriffe „künftiges Recht", „gehofftes Recht" und andere Zwischengebilde intra ius et non ius in der Rechtsprechung sind zu vermeiden, da sie nur störend wirken. Statt dessen ist ein neuer Begriff des Wartrechts einzuführen, wie es schon hier und da geschehen ist (SchweizZGB. Art. 490 Abs. 3, Art. 960; **RG. 67** 428). Praktisch soll der Satz gelten, daß außer den unbestreitbaren Vollrechten nur Wartrechte und Anwartschaften im Rechtsverkehre durch die Rechtsprechung schon in praesenti als Rechte anerkannt werden können, da sie als schwächere Rechtsform doch schon in praesenti geschützt sind. BGB. §§ 252, 331, 503, 510 Abs. 2, 517, 844 II 2, 873 II, 1127, 1128, 1923, 2108 II.

3. a) *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 170 f. Alle Rechte sind vervielfältigungsfähig. Die Übertragung der Rechtsausübung ist die juristische

Konstruktion der Vervielfältigung eines Rechtes. Die Rechtsordnung erlaubt auf Grund eines bestimmten Tatbestandes einem anderen, sich so zu verhalten, wie auch der Berechtigte sich kraft des Rechtes verhalten darf (174). Durch Vervielfältigung eines Rechtes kann ein abgeleitetes Recht (Pfandrecht, Dienstbarkeit) oder eine Ausübungsberechtigung (Gebrauchsrecht des Mieters, der Gesellschaft, des Prokuristen, Jagdpachtrecht, Lizenzrecht) entstehen (178). Die abgeleiteten Rechte sind nur in der Entstehung, die Ausübungsberechtigungen sind dauernd vom Mutterrecht abhängig. Das Ausübungswerkzeug (z. B. Besitzwerkzeug) übt nicht selbst ein Recht aus, sondern der Berechtigte durch dieses (180/1). Das Verwaltungsrecht ist das jedem Vermögenssubjekte zustehende Recht, auf sein Vermögen, insbesondere durch Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen, einzuwirken.

b) *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 1 ff. Begriff des subjektiven Rechtes: Das Recht ist eine von der Rechtsordnung einer Person zugeteilte Machtstellung, kraft deren diese Person sich in bestimmter Weise verhalten darf. — Über die Bedeutung des erlaubenden Elements im subjektiven Rechte vgl. 10—16.

c) Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 69 ff. Nach Art und Wirkung der Ausübung zerfallen die Rechte in Zustandsrechte, wie Eigentum, Urheberrecht und Zweckrechte, Ansprüche und Gestaltungsrechte. Letztere gehen durch erfolgreiche Ausübung unter. Bei ersteren gibt es keine, einen besonderen Erfolge herbeiführende Ausübungshandlung. Auf sie hat die Ausübung grundsätzlich keinen Einfluß.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Literatur: v. Boxberger, Noch einmal zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem BGB., ZBlFG. **11** 387—399. — Damme, Künstlers Namens- und Werkschutz, DJZ. **10** 1201—1204. — Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung. Berlin 1910. — Landauer, Zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem BGB., ZBlFG. **10** 610—620. — Mendelssohn-Bartholdy, Der Wohnsitz im bürgerlichen Rechte und im Prozesse, SeuffBl. **10** 49—62. — Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, ABürgR. **35** 10—90. — Strupp, Grenzen der Zuständigkeit des Königl. Preuß. Heroldsamts, AÖffR. **27** 76—100. — Ulsamer, Zur Kritik der Lehre vom Persönlichkeitsrechte. München 1910. — Unger, Über die Wiederaufhebung der wegen Verschwendung ausgesprochenen Entmündigung, R. **10** 65—71.

§ 1. *Schwarz, ABürgR. **35** 61 ff. Es gibt Rechte im Interesse der Leibesfrucht; ein solches ist der Unterhaltsanspruch aus § 1963. Dieser Anspruch ist kein Recht der Mutter, denn der Anspruch kann weder durch eine Verfehlung der Mutter laut § 1611, noch durch ihre Unwürdigkeit laut § 2345 zessieren. Es handelt sich auch nicht um ein „künftiges" Recht des zu gebärenden Menschen (§ 1912), sondern ein Recht, das der Leibesfrucht als solcher zusteht, richtiger: das dem Zwecke der Interessenförderung der Leibesfrucht dient. Es gibt auch Rechte im Interesse von nasciturі, die noch nicht einmal konzipiert sind; ein solcher kann zum Nacherben oder Vermächtnisnehmer bestellt werden (§§ 2101, 2162), ein Vertrag zugunsten Dritter kann für ihn geschlossen werden (§ 331) und die aus diesen Geschäften entstehenden, durch die Geburt des nasciturus bedingten Rechte äußern, als bedingte Rechte, schon vor Eintritt der Bedingung sehr einschneidende Wirkungen: die Rechte des Nacherben werden bei Grundstücken durch Eintragung gesichert (§ 52 GBO.), es kann für die zu erzeugenden Nacherben ein Pfleger eingesetzt werden (§ 1913), der gegen den Vorerben die Rechte des Nacherben (§§ 2116, 2121, 2127, 2128 usw.) geltend machen kann, er kann eine Widerspruchsklage gegen eine auf einen Erbschaftsgegenstand gerichtete Exekution, eine Aussonderungsklage im Konkurse des Vorerben anstrengen. Ein „Wesen", dem diese Rechte gehören, gibt es nicht, wohl aber gibt es einen Zweck, dem sie zustehen: der Erhaltungszweck für den Erwerb des Nachgeborenen. Vgl. auch Schwarz, JDR. **7**.

§ 6. I. 1. Nr. 1. Geisteskrankheit und Geistesschwäche (JDR. **2** Ziff. I 1, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. II 1 c, **6** Ziff. I 1). a) Landauer, ZBlFG. **10** 610 ff., wendet sich im Anschluß an seine Ausführungen DJZ. **04** 1058, JDR. **3** Ziff. 2, und zum Teil in Übereinstimmung mit v. Boxberger, ZBlFG. **10** 610 ff. (JDR. **8** Ziff. I 1 a und c) gegen die Auslegung, die dem § 6 BGB. durch **RG. 50** 203 ff. zu teil geworden ist. Halte man sich den Zweck des Gesetzes gehörig vor Augen, so komme man zu der Auslegung, ein zu Entmündigender vermag dann „seine Angelegenheiten" nicht zu besorgen, wenn er unfähig ist, das Wesentliche der durch seine Lebensstellung ihm aufgegebenen Angelegenheiten, die für sein Wohl und für die Frage des für ihn und andere bestehenden Schutzbedürfnisses entscheidend ins Gewicht fallenden Angelegenheiten richtig zu besorgen. Eine mathematisch sichere Formel sei allerdings mit dieser Auslegung nicht gewonnen; das sei aber auch auf einem Gebiete, wo der Richter Tatsachen nach vernünftigem Ermessen festzustellen hat, nicht möglich. **b)** *v. Boxberger, ZBlFG. **11** 387 ff. Mit der Bezeichnung der Geistesschwäche als einer „ungenügenden Entwickelung der geistigen Kräfte" meinen die Motive sowohl wie die Denkschrift zum BGB. lediglich den auf einer Hemmung der Entwickelung des nicht völlig ausgewachsenen Gehirns beruhenden angeborenen oder in der Entwickelungszeit, der Zeit des Wachstums, entstandenen Schwachsinn. Der Unterschied zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche besteht nicht in dem schwereren oder leichteren Grade der geistigen Störung, sondern in dem Vorhandensein oder Fehlen von Irresein, von Wahnvorstellungen. Solche Vorstellungen sind bei dem Geisteskranken stets vorhanden, während sie bei dem Geistesschwachen, abgesehen von konkurrierender Geisteskrankheit, niemals vorhanden sind. Der Geistesschwache ist nicht vernunftlos wie der Geisteskranke, sondern nur einsichtslos, wie die Denkschrift zutreffend sagt. Für die Entscheidung der Alternative, ob im konkreten Falle Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt, ist lediglich der Geisteszustand allein maßgebend. Die Wirkung des letzteren auf die Fähigkeit des zu Entmündigenden zur Besorgung seiner Angelegenheiten kommt nur in Frage bei der Prüfung, ob die Entmündigung überhaupt auszusprechen ist oder nicht. Dieselbe hat zu erfolgen, wenn der zu Entmündigende, sei er geisteskrank oder geistesschwach, seine gesamten Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Kann er auch nur einen Teil derselben noch besorgen, so darf er nicht entmündigt werden, sondern nur für den Teil, den er nicht zu besorgen vermag, gemäß § 1910 Abs. 2 und 3 einen Pfleger erhalten. **c) RG.** 30. 6. 10, WarnE. 3 322, SeuffA **66** 49, FrankfRdsch. **44** 208. Geisteskrankheit führt nach § 6 Nr. 1 nur dann zur Entmündigung, wenn der hiervon Betroffene die Gesamtheit seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag (vgl. **RG. 50** 205, **52** 244, JDR. **2** Ziff. I 2 a). Eine Entmündigung ist nicht möglich, wenn die Störung der Geistestätigkeit sich auf einzelne oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beschränkt. Ist der Geisteskranke, wie dies namentlich beim Querulantenwahnsinn der Fall ist, von bestimmten krankhaften Vorstellungen beherrscht, so kommt es darauf an, ob diese krankhaften Vorstellungen ihn derart ausfüllen, daß sie auf sein Handeln überall Einfluß haben und daß seine gesamten Lebensverhältnisse mehr oder weniger hierdurch in Mitleidenschaft gezogen werden. **d) RG.** 4. 7. 10, R. **10** Nr. 2770, 2771. Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit setzt nicht voraus, daß der zu Entmündigende infolge seines krankhaften Zustandes bei der Besorgung seiner Angelegenheiten bereits zu Schaden gekommen ist. Das Unvermögen zur Besorgung der Angelegenheiten ist nicht deshalb zu verneinen, weil der zu Entmündigende die Fähigkeit behalten hat, auf gewissen einzelnen Gebieten noch mit hinlänglich vernünftiger Überlegung tätig zu sein.

2. Nr. 2. Begriff der Verschwendung (JDR. **2** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2, 5 Ziff. II, **7** Ziff. 1). Unger, R. **10** 65 ff. Unter „Verschwendung" ist nur ein solches unwirtschaftliches Gebaren zu verstehen, das seinen Grund entweder in

Mangel an Einsicht in den Wert und die Bestimmung der Güter oder in Schwäche des Willens, in dem Überwiegen der Genußsucht, der Sucht zu glänzen, der Nachahmungssucht oder der Trägheit über die Kraft zur Selbstbeherrschung hat.

II. Abs. 2. a) Unger, R. **10** 65 ff. Die Entmündigung wegen Verschwendung ist aufzuheben, wenn auch nur eine der im Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten beiden Voraussetzungen, also entweder die subjektive oder die objektive, wegfällt. Sie ist hiernach auch aufzuheben, wenn zwar keine Besserung des Verschwenders zu bemerken ist, aber die Herbeiführung des Notstandes durch die Verschwendung aus anderen neu entstandenen Gründen nicht mehr zu befürchten steht. Die Wiederaufhebung der Entmündigung läßt sich nur durch die Feststellung einer solchen wirtschaftlichen Handlungsweise rechtfertigen, die Bestand verspricht. Es genügt zum Beweise der Besserung in der Regel nicht, daß der Hang zur Verschwendung längere Zeit nicht in die Erscheinung getreten ist. Ist bei der Entmündigung die Verschwendungssucht nicht aus dem allgemeinen, sondern nur aus dem bei bestimmten Gelegenheiten regelmäßig wiederkehrenden wirtschaftlichen Gebaren geschlossen worden, so genügt es zur Wiederaufhebung, wenn festgestellt werden kann, daß der Entmündigte inzwischen verhindert oder entwöhnt ist, jene Gelegenheiten aufzusuchen. **b)** Unger, R. **10** 67. Im Wiederaufhebungsverfahren ist der Entmündigungsbeschluß als an sich richtig anzunehmen und den Erörterungen zugrunde zu legen; eine Veränderung der Zustände, die im Entmündigungsbeschluß als die Entmündigung rechtfertigend angegeben sind, ist in einer dem Entmündigten günstigen Richtung nachzuweisen (anders **RG.** R. **08** Nr. 1320, R. **09** Nr. 1267, JDR. **8** Ziff. II). **c)** Unger, R. **10** 70, führt aus, daß die Organe, die zur Leitung der Angelegenheiten des Entmündigten berufen sind, es als ihre Pflicht ansehen sollten, ihm, sobald dies möglich, zur Beschaffung des Nachweises seiner Besserung behilflich zu sein. Dies könne vor allem dadurch geschehen, daß, sobald man Grund hat, die Besserung zu vermuten, dem Entmündigten die Verfügung über sein Vermögen widerruflich überlassen und hierdurch die Gelegenheit gewährt wird, längere Zeit hindurch zu zeigen, daß ihm Sparsamkeit und geordnete Lebensführung zur Gewohnheit geworden ist und daß hierdurch der Wegfall des Entmündigungsgrundes überzeugend dargetan wird.

§ 7. 1. Mendelssohn-Bartholdy, SeuffBl. **10** 49 ff. Die Wohnsitzvorschriften des BGB. sind zugleich als Wohnsitzvorschriften der ZPO. anzusehen, soweit sie dem Sinne nach identisch sind mit den Wohnsitzvorschriften der alten ZPO. Die Wohnsitzvorschriften der alten ZPO. gelten, soweit das BGB. sie nicht enthält, jetzt noch als ungeschriebenes Prozeßrecht. Die Wohnsitzvorschriften der ZPO., die der alten ZPO. fremd waren, dürfen auch heute noch nicht für die Bestimmung des Wohnsitzes als Zuständigkeitsgrundes im Zivilprozesse verwendet werden.

2. Josef, R. **10** 441 f. Die Tatsache der Unterbringung eines Entmündigten in einer Irrenanstalt allein genügt nicht den diesbezüglichen Aufenthaltsort als Wohnsitz des Entmündigten gelten zu lassen, es muß eine ausdrückliche Willenserklärung oder eine schlüssige, auf Aufhebung des bisherigen Wohnsitzes abzielende Handlung des Vormundes dahin, daß der Aufenthaltsort auch der Wohnsitz des Mündels sein soll, vorliegen. AM. OLG. **17** 360 (Colmar).

3. *Klein, Begründung und Aufgabe des domicilium voluntarium ist Rechtshandlung im engeren Sinne (vgl. Manigk, JDR. **6** zu §§ 107 ff.).

4. **a)** PrOVG. **54** 185 ff. Wohnsitz hat jemand an dem Orte, wo er sein Heim sucht und findet. Wem an mehreren Orten eingerichtete Wohnungen zur Verfügung stehen, die er zum dauernden, wenn auch nicht ununterbrochenen, Aufenthalte dergestalt gebraucht, daß von jedem der Orte aus, sobald an ihm Aufenthalt genommen wird, seine Lebensverhältnisse im ganzen bestimmt werden, der hat gleichzeitig an den mehreren Orten einen Wohnsitz. **b)** R. **10** Nr. 3880 (BayObLG.).

Ledige volljährige Fabrikarbeiterinnen mit selbständigem Haushalte haben am Orte ihrer ständigen Arbeit den Wohnsitz.

§ 8. 1. BayObLG. **11** 145 (BayObLG.). Nimmt die verwitwete Mutter bei der Begründung eines neuen Wohnsitzes ihr minderjähriges Kind in die häusliche Gemeinschaft an diesem Orte mit, so ist anzunehmen, daß sie damit kraft ihrer elterlichen Gewalt in Vertretung des Kindes dessen früheren Wohnsitz aufgehoben und einen neuen Wohnsitz des Kindes begründet hat. Dieser wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Mutter für ihr Kind zum Zwecke der Erziehung zeitweilig einen anderen Aufenthaltsort bestimmt.

2. *Klein, ÖstZBl. **28** 562 ff. über den „Willen des Vertreters".

§ 11. a) KGJ. **38** A 79 ff. (KG.). Dadurch, daß der Vater eines Kindes seiner von ihm geschiedenen Ehefrau das Kind durch Vertrag überläßt, wird der Wohnsitz des Kindes regelmäßig nicht verändert und keineswegs der Mutter das Recht eingeräumt, den Wohnsitz des Kindes aufzuheben und einen neuen zu begründen. b) R. **10** Nr. 1902 (BayObLG.). Ein großjähriger geistesschwacher Sohn behält den Wohnsitz des Vaters, auch wenn er nicht entmündigt ist.

§ 12. 1. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt 71 ff. Prozessieren unter falschem Namen. Die absichtliche Zustellung an den falschen Gegner macht nicht diesen zur Partei, sondern ist eine geschickte Form der Nicht-Zustellung an den wahren Gegner. — Die erschlichene staatliche Namensverleihung kann zurückgenommen werden, und zwar mit rückwirkender Kraft (158 ff., 148).

2. *Wolf, Hessisches Landesprivatrecht ErgBd. III zu Dernburg BGB. § 10 I. Das Namensrecht ist öffentlich-rechtlich — und daher landesgesetzlicher Regelung größtenteils offen —, soweit die Verpflichtung zur Namensführung in Betracht kommt, privatrechtlich, soweit es das subjektive Recht auf den Namen betrifft. Letzteres ist der Namenspflicht gegenüber die sekundäre Erscheinung.

3. Damme, DJZ. **10** 1201 ff., entnimmt dem § 13 KunstschutzG. den allgemeinen Gedanken, daß nur der Künstler selbst über die Verbindung seines Namens mit einem Werke zu entscheiden hat.

4. Adelsprädikat (JDR. **7** Ziff. 7). **RG.** 19. 11. 09, AÖffR. **26** 321 ff., PrJMBl. **09** 388 ff. Im Gebiete des PrALR. ist das Strafgericht, das über die Anklage aus § 360 Nr. 8 StGB. wegen unbefugter Annahme von Prädikaten des niederen Adels zu urteilen hat, an die Entscheidung des Heroldsamts gebunden, daß dem Angeklagten das angenommene preußische Adelsprädikat nicht zustehe. AM. KGJ. **36** C 105 (KG.). Gegen die Gründe des RG. wendet sich Strupp, AÖffR. **27** 76 ff. Er gelangt zu dem Ergebnisse: Zwar ist in Adelssachen der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen, so daß über alle hierbei auftauchenden Fragen dem Könige, bzw. der von ihm delegierten Behörde die unanfechtbare Entscheidung zusteht. Soweit aber solche Fragen lediglich Inzidentpunkte in einem Rechtsstreite, mag er nun vor das Forum des Zivil- oder des Strafrichters gehören, bilden, hat die Äußerung des Heroldsamts für den Richter nur die Bedeutung eines unverbindlichen Sachverständigengutachtens, ohne daß jedoch der Richter eine Entscheidung in der Adelssache selbst für sich beanspruchen kann oder darf. Vgl. hierzu auch die Mitteilung des Pr. Heroldsamts GoltdA. **57** 373 ff.

5. a) **RG.** 12. 10. 10, **74** 308 ff., JW. **11** 26. Es muß allgemein als Grundsatz aufgestellt werden, daß niemand das Recht hat, den Namen eines anderen ohne dessen Wissen und Willen als Warenzeichen eintragen zu lassen. Daß durch eine derartige Zeicheneintragung das Interesse des Namensberechtigten verletzt wird, ergibt sich schon daraus, daß die Eintragung für diesen ein Hindernis bildet, den Namen für sich selber oder für einen Familienangehörigen als Warenzeichen eintragen zu lassen.

Hiervon abgesehen, ist es bei der engen Verbindung des Namens mit der Persönlichkeit seines Trägers als ein natürliches und berechtigtes Interesse eines jeden Menschen anzuerkennen, darauf zu bestehen, daß sein Name nicht oder doch nur insoweit von anderen zu Reklamezwecken benutzt wird, als er es gestattet. Es geht auch nicht an, daraus, daß jemand einem Gewerbetreibenden die Erlaubnis zum Gebrauche seines Namens als Warenzeichen erteilt hat, den Schluß zu ziehen, sein Interesse könne nicht mehr dadurch verletzt werden, daß auch andere seinen Namen in dieser Weise gebrauchen (311). **b)** SächsRpflA. **10** 564 (Dresden). Zur Geltendmachung des Namensrechts genügt jedes berechtigte Interesse, namentlich auch ein ideelles Interesse. **c)** SächsOLG. **31** 229 (Dresden). Unter dem Rechte des Namensschutzes stehen auch diejenigen Fälle, in denen jemand den fremden Namen unbefugt zu Reklamezwecken, zur Bezeichnung von Waren auf Schildern usw. mißbraucht (vgl. **RG. 54** 43, JDR. **2** Ziff. 3 a). **d) RG.** HansGZ. **10** Beibl. 26 f. Einer Verbindung des wahren Familiennamens mit einer vorangestellten Sachbezeichnung, die aus der Art des vom Namensträger betriebenen kaufmännischen Geschäfts entnommen und die in den geschäftlichen Kreisen zu dem verkehrsüblichen Namen geworden ist, ist unter den sonstigen Voraussetzungen des § 12 dessen Schutz nicht zu versagen.

6. OLG. **20** 23 f. (Hamburg). Es gibt keinen Rechtssatz, daß jeder nur den Namen führen darf, den seine Geburtsurkunde ergibt; es kommt darauf an, welcher Name ihm *zukommt*, und in dieser Beziehung kann ein wohlerworbenes Recht durch eine selbst auf Grund eines rechtskräftigen Beschlusses erfolgende Änderung der Geburtsurkunde nicht geschmälert werden.

7. *Gleichheit eines Namens mit einem anderen.* **RG.** 7. 7. 10, **74** 116. Geringfügige Abweichungen schließen eine Gleichheit im Sinne des § 12 nicht aus. Denn nicht darauf ist das entscheidende Gewicht zu legen, ob unter der Voraussetzung einer besonders darauf gerichteten sachkundigen Prüfung ein Unterschied wahrnehmbar ist, sondern eine Namensgleichheit besteht auch dann, wenn für den gewöhnlichen Verkehr mit einer Wahrnehmbarkeit des Unterschieds nicht gerechnet werden kann.

8. **RG.** 7. 7. 10, **74** 115 ff., JW. **10** 799. Der Wortlaut des § 12 BGB. gestattet und die Gleichheit des Gesetzeszwecks erfordert eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Namen wie der juristischen Personen überhaupt, so auch der rechtsfähigen Vereine und unter ihnen insbesondere der eingetragenen Vereine. Beruht auch der Vereinsname im Unterschiede vom Familiennamen und dem Namen öffentlicher Körperschaften auf freier Wahl, so hat er doch die nämliche Bestimmung: er dient als ein für die Öffentlichkeit bestimmtes, dem Namensträger beigelegtes Kennwort dazu, diesen in auffälliger Weise von seinesgleichen ständig zu unterscheiden. Auf dieses Ziel weisen im BGB. alle Vorschriften hin, die bei der Regelung des Vereinswesens vom Namen des Vereins handeln (vgl. z. B. § 57 Abs. 1, 64, 66, 71, 33 BGB.). Die Verkehrsfähigkeit des eingetragenen Vereins würde erheblich beeinträchtigt, stände es jedem anderen frei, dem eingetragenen Vereine den amtlich beurkundeten und kundgegebenen Namen streitig zu machen oder sich desselben Namens zu bedienen (115/116).

9. *Erwerb des Familiennamens auf Grund eines Scheinannahmevertrags* (vgl. JDR. **2**, **3** zu § 1741, **5** Ziff. II b, **6** Ziff. I 3). KGJ. **38** C 60 (KG. Strs.). Ein Annahmevertrag, der ohne den Zweck der Begründung eines familienrechtlichen Verhältnisses nur in der Absicht geschlossen wird, den Familiennamen des Annehmenden auf den Angenommenen zu übertragen, ist nichtig und daher nicht geeignet, die beabsichtigte Wirkung zu äußern.

Anhang zu § 12. *Andere Individualrechte. — Recht der Persönlichkeit* (s. JDR. **6**, **7** u. **8** Ziff. I des Anhanges). **Ulsamer*, Zur Kritik der Lehre vom Persönlichkeitsrechte. Die Lösung des Problems der

Persönlichkeitsrechte hat ihren Ausgang zu nehmen von dem Begriffe „subjektives Privatrecht" und im besonderen vom Begriffe des „absoluten Rechtes" (Kap. 2—4). Die Untersuchung dieser Begriffe ergibt, daß sich in das System der subjektiven Privatrechte das Persönlichkeitsrecht nicht einfügen läßt, weder in Gestalt eines die ganze Persönlichkeitssphäre umfassenden „allgemeinen Persönlichkeitsrechts" (Kap. 2), noch in der Erscheinungsform des Rechtes an sich selbst („Recht am eigenen Körper", an den individuellen Kräften und deren Betätigung — Kap. 5 und 6). Der Mensch steht zu seinem Körper in keinem, die Behauptung eines absoluten subjektiven Privatrechts rechtfertigenden Herrschaftsverhältnisse; die entgegengesetzten, aus der Möglichkeit der Verfügung über sich selbst gezogenen Folgerungen beruhen auf Verwechslung der Begriffe Rechtsfähigkeit und subjektives Recht (58 ff.). Beweis eines Persönlichkeitsrechts ist namentlich nicht der bei Verletzung persönlicher Güter gewährte Entschädigungsanspruch (67—77). Im positiven Rechte hat die Theorie des Persönlichkeitsrechts keine Stütze; was als solches bezeichnet wird, ist entweder Immaterialgüterrecht oder rein obligatorischer Natur (Kap. 9). Die Tatsache, daß die menschliche Individualität im Rahmen des Immaterialgüterrechts vielfach von rechtlicher Erheblichkeit ist (Urheber-, Namens-, Zeichenrecht), gestattet höchstens die Absonderung einer speziellen Gruppe innerhalb der Immaterialgüterrechte, nicht aber die Aufstellung einer den übrigen absoluten Rechten gleichgeordneten Kategorie von „Persönlichkeitsrechten" (113 ff.).

§ 14. Loebner, DJZ. **10** 592. Eine Todeserklärung verschollener Luftschiffer kann in der Regel nur nach § 14 BGB. geschehen, da die Fahrt an und für sich kein gefährliches Unternehmen ist. Eine Todeserklärung gemäß § 17 läßt sich nur erreichen, wenn Tatsachen ermittelt werden, welche ergeben, daß die verschollenen Luftschiffer bei der Landung tatsächlich in Lebensgefahr geraten sind (vgl. auch David, DJZ. **08** 1220).

§ 17. Über Luftverschollenheit vgl. Loebner zu § 14.

§ 18. **RG.** 1. 12. 09, JW. **10** 104 f., BayRpflZ. **10** 76 ff. Die Vermutung, daß der Verschollene in dem im Urteile festgestellten Zeitpunkte gestorben sei und bis dahin gelebt habe, kann durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden (§ 292 ZPO.), und ist der Beweis geführt, so sind die Rechtsverhältnisse der festgestellten wirklichen Sachlage gemäß zu beurteilen, wie wenn die Todeserklärung nicht erfolgt wäre (vgl. **RG. 60** 198). Für die Führung des Gegenbeweises gelten die gewöhnlichen Regeln; § 292 ZPO. hebt nur hervor, daß der Beweis nach Maßgabe der §§ 445 ff. auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann. Insbesondere hat der Richter auch hier gemäß § 286 ZPO. unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung darüber zu entscheiden, ob die betreffende Behauptung für wahr zu erachten sei (vgl. **RG. 49** 9). Es ist namentlich nicht rechtlich unzulässig, wenn das Gericht auf Grund derjenigen Beweismomente, die schon bei der Todeserklärung vorlagen, zu einer abweichenden Feststellung des Todestages kommt. Zu einer solchen Feststellung genügt allerdings keine bloße Wahrscheinlichkeit, sondern nur eine Gewißheit; hierunter ist jedoch nicht eine objektive, von niemandem anzuzweifelnde Gewißheit, sondern nur eine subjektive Überzeugung des zur Feststellung der Tatsache berufenen Richters zu verstehen.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Vom Wesen der juristischen Person im allgemeinen handelt nur Schwarz (s. unten) im Anschluß an seine frühere Arbeit (vgl. JDR. **7** an gleicher Stelle). — Das Sammelvermögen hat als ein Gegenstand der Verhandlung des XXX. Deutschen Juristentags eine Reihe von Bearbeitungen gefunden (s. unten).

Literatur: Thema auf dem XXX. Deutschen Juristentage: Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens? Hierzu: Hölder (1), DJZ. **10** 925 ff.; ferner: Verhandlungen des Juristentags: Gutachten von Bartsch (I 154 ff.) und Seckel (I 564 ff.), Bericht von Knoke (II 89 ff.) und Coumont (II 112 ff.), Diskussion (II 119 ff., 553 ff.). — Hölder (2), Das Sammelvermögen als Schuldner, DJZ. **10** 1263 ff.

1. Allgemeines. Das Wesen der juristischen Person. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 1—3, **2** Note 1, 2, **3** Note 1 ff., **4**, **5**, **6**, **7**, **8** Note 1 zum 2. Titel. **b)** Schwarz aaO. 32 ff. behandelt das Verhältnis zwischen Verein und Gesellschaft: Was wir Verband (Gemeinwesen, Verein, Gesellschaft usw.) nennen, hat keine körperliche Existenz, es ist kein physisches „Wesen", sondern ein Rechtsverhältnis. Solange der Zweck, zu dessen Förderung die Mitglieder sich zusammengetan haben, von ihnen nur tatsächlich gesetzt, von Rechts wegen aber nicht als selbständiger Rechtszweck anerkannt ist: können auch keine Rechte und kein Vermögen dieses Zweckes existieren, kann daher auch von Verbindlichkeiten dieses Zweckes (d. h. von Haftung seines Vermögens) keine Rede sein. Das ist der Fall der gemeinrechtlichen Gesellschaft: die Gesellschafter verpflichten sich einander gegenüber, einen gewissen gemeinschaftlich verabredeten Zweck mit Arbeits- oder Vermögensaufwand zu fördern, aber dieser Zweck ist kein selbständiger Rechtszweck, d. h. die Rechtsordnung erteilt zu seinen Gunsten keine Befehle, zu seinen Gunsten kann es keine Rechte und kein Vermögen geben, er ist daher auch nicht haftfähig, d. h. die „Gesellschaft" als solche kann keine Schulden haben. Anders steht die Sache nach dem BGB. Nach diesem kann die „Gesellschaft" Vermögen, Rechte und Pflichten haben. Da die Gesellschaft aber ein Rechtsverhältnis ist, ist das wirkliche Rechtssubjekt nicht sie, sondern der Gesellschaftszweck. Der Unterschied zwischen Gesellschafts- und Vereinsvermögen (ohne Unterscheidung, ob der Verein ein egoistischer oder ein altruistischer ist) besteht darin, daß das Vereinsvermögen ausschließlich dem Vereinszwecke, das Gesellschaftsvermögen aber nur in erster Linie dem Gesellschaftszweck, in zweiter Linie aber (sobald die Gesellschaft beendigt ist und die Schulden liquidiert sind) dem allgemeinen Lebenszwecke der einzelnen Mitglieder dient: mit anderen Worten, das Vereinsvermögen ist ein selbständiges Vermögen („juristische Person"), das Gesellschaftsvermögen aber ein durch den Gesellschaftszweck gebundenes Partialvermögen (Sondervermögen), das in erster Linie seinem Sonderzwecke (dem Gesellschaftszwecke), nach dessen Wegfall aber, in zweiter Linie, dem allgemeinen Lebenszwecke seiner Mitglieder zu dienen hat. **c)** Markowitsch (s. § 35) 150 ff. Die Person im Rechte ist ein rechtstechnischer Begriff und daher in der Form wandelbar. Personen sind dagegen Gebilde, denen das Recht subjektive Rechte und Selbstbestimmungsfähigkeit beilegt. Der Unterschied zwischen physischen und juristischen Personen liegt in der Qualität der Persönlichkeit und in der Möglichkeit der Betätigung ihrer subjektivrechtlichen Beziehungen. Der Verein besteht aus 2 Elementen: den sich vereinigenden Menschen, dem Substrat der juristischen Person, und der Fähigkeit dieses Verbandes, im Rechtsverkehr als Inhaber von Rechten und Pflichten aufzutreten. Der Unterschied gegen Vereinigungen, die bloße Rechtsverhältnisse sind, liegt darin, daß letzteren die innere Organisation fehlt. **d)** **RG.** NaumburgAK. **10** 3. Eine analoge Anwendung des § 179 BGB. bei Nichtbestehen der angeblich vertretenen juristischen Person ist nicht ausgeschlossen. **e)** **RG.** R. **10** Nr. 3209. Ist in einer Klage gegen eine juristische Person diese unrichtig bezeichnet, so steht, wenn bezüglich der Identität kein Zweifel bestehen kann, der nachträglichen Richtigstellung während des Prozesses nichts im Wege. **f)** **RG.** (Straff.) **42** 359, R. **10** Nr. 1200 betrifft die Bestimmung des Wertes des der juristischen Person letztwillig zugewandten Gegenstandes in den Fällen des Art. 6 PrAGBGB. **g)** BadRpr. **10** 37 ff. (Karlsruhe) betrifft Auslegung und Anwendung des Art. 8 BadAGBGB. über staatliche Genehmigung für Schenkungen

und letztwillige Verfügungen im Werte von mehr als 5000 M. zugunsten schon bestehender Stiftungen und anderer juristischer Personen.

2. Umfang und Bedeutung der juristischen Persönlichkeit. a) Vgl. IDR. **1** Note 5, **2** Note 3, **4** Note 2, 3, **6**, 8 Note 2 zum 2. Titel. **b)** **RG. 74** 114, JW. **10** 799, R. **10** Nr. 2959, 2960. Auch juristische Personen genießen Namensschutz nach § 12 BGB. Der Wortlaut gestattet und die Gleichheit des Gesetzgebungszwecks erfordert eine Ausdehnung dieser zunächst für natürliche Personen gegebenen Vorschrift auf den Namen der juristischen Person. **c)** OLG. **20** 295, HansGZ. **10** Beibl. 17, R. **10** Nr. 3542 (Hamburg). Juristische Personen können Mitglieder von Vereinen sein. **d)** Wolzendorff, VerwA. **18** 500. Auch die juristischen Personen unterliegen der polizeilichen Verantwortlichkeit für die im Rahmen ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben von ihren Organen vorgenommenen Handlungen. **e)** Schmidt, PrVerwBl. **31** 231. Das Stimmrecht in den Landgemeinden der östlichen Provinzen, Hessen-Nassau und Schleswig-Holstein steht juristischen Personen zu, sofern sie in der Gemeinde Grundstücke ꝛc. haben. **f)** R. **10** Nr. 783 (PrOVG.). Eine Genehmigung aus § 33 GewO. kann auch juristischen Personen erteilt werden gemäß Novelle vom 6. August 1896. Die frühere Rechtsprechung, die das mangels Nachprüfbarkeit der persönlichen Eigenschaften verneinte, ist aufgegeben. **g)** v. Hartmann, PrVerwBl. **31** 487. Die Befreiungsvorschrift am Schluß der Tarifst. 11 des PrStempStG. bezieht sich ihrem Sinne und der Absicht des Gesetzgebers nach lediglich auf physische Personen. **h)** NaumburgAK. **10** 53 (LG. Halle). Die Befreiung vom Reichsauflassungsstempel steht auch juristischen Personen zu. **i)** BayObLG. **10** 199 (BayObLG.) betrifft die Dauer der für eine juristische Person eingetragenen Dienstbarkeit nach bayrischem Rechte.

3. Wer ist juristische Person? **a)** Vgl. § 89 Note 1. **b)** OVG. **55** 154 (PrOVG.). Die Reederei hat keine juristische Persönlichkeit, sondern ist eine Erwerbsgesellschaft nach bürgerlichem Rechte. **c)** PrVerwBl. **31** 447 (PrOVG.). Vor Inkrafttreten des Schulunterhaltungsgesetzes vom 28. Juli 1906 kam in den vormals kurhessischen Landesteilen der Volksschule juristische Persönlichkeit zu. **d)** BraunschwZ. **10** 139 (Braunschweig). Schlachthofversicherungskassen waren nach älterem braunschw. Gesetze keine juristischen Personen. Jetzt können sie es nach den Vorschriften über private Versicherungsunternehmungen werden. **e)** BadRpr. **10** 192 (JustMinV. 16. 6. 10). Auch die Zweigvereine des Badischen Frauenvereins sind rechtsfähig kraft Verleihung. **f)** BadRpr. **10** 73 (JustMinErl.) betrifft den Nachweis der Rechtspersönlichkeit und Vertretungsbefugnis juristischer Personen.

4. Sammelvermögen. a) Hölder aaO. (1). Aus § 1914 ergibt sich die Eigenschaft des Sammelvermögens als eines einem bestimmten Zwecke gewidmeten Vermögens, das für jedermann fremdes Vermögen und ein Gegenstand nicht privaten Rechtes, sondern amtlicher Zuständigkeit und Obliegenheit ist. Darum können besondere gesetzliche Vorschriften unterbleiben. H. unterscheidet überhaupt Vermögen, das Gegenstand privater oder amtlicher Macht ist. Das Vermögen einer physischen Person ist nur dann Gegenstand amtlicher Macht, wenn die Verfügungsbefugnis einem gesetzlichen Vertreter zusteht. Dies kann auch zeitweilig der Fall sein. Das Vermögen juristischer Personen ist stets Amtsvermögen. Der Zweck eines Amtsvermögens und damit sein Bestand kann ebenfalls ein zeitweiliger sein, so beim Sammelvermögen. Dies gehörte fremdem Vermögen an und soll durch Erreichung seines Zweckes, soweit dessen Verfolgung es nicht aufzehrt, wieder fremdem Vermögen einverleibt werden. Inzwischen ist es ausschließlich Gegenstand amtlicher, mit entsprechender Verpflichtung verbundener Macht. Dem steht nicht entgegen, daß es durch Handlungen Privater begründet ist. Weggefallen sind die berufenen Personen auch dann, wenn sie auf die Dauer jede Verwendung unterlassen. **b)** Bartsch aaO. Das Sammelgeschäft läßt sich unter die vorhandenen

Typen von Geschäften nicht unterbringen. Zu gesetzgeberischer Lösung liegt aber kein Bedürfnis vor (157). Die theoretische Konstruktionsfrage des Sammelvermögens hat große praktische Tragweite, ist aber nach dem BGB. unlösbar. Denn die Zahl der dinglichen Rechte und der Rechtssubjekte ist begrenzt. Von der Konstruktion des Sammelgeschäfts ist sie unabhängig. Dies ist überhaupt kein einheitlicher Begriff, sondern kann die verschiedensten Geschäfte umfassen, die nur in der Art des Abschlusses etwas Gemeinsames haben. Nicht aus allen Sammelgeschäften gehen Sammelvermögen hervor. Anderseits gibt es gleichartige Vermögen, die nicht auf Sammlung beruhen. Auch gemischte Formen kommen vor. Das Sammelvermögen ist also nichts spezifisch Verschiedenes von anderen durch die Tätigkeit einer Unternehmung zu uneigennützigen Zwecken erworbenen Vermögen. Wesentlich für die Rechtsnatur eines solchen Vermögens ist nur der besondere Zweck der Vermögensbildung und der infolgedessen nach außen zutage tretende Charakter des Vermögens. Sollen daher gesetzliche Vorschriften getroffen werden, so kann das nur geschehen für alle Vermögen, die zu uneigennützigen Zwecken bestimmt sind (169). Um 3 Fragen handelt es sich: 1. Die Parteifähigkeit des Sammelvermögens ist nach geltendem Rechte sehr zweifelhaft. Sie bedarf der Anerkennung durch Gesetzesnorm (170 ff.). 2. Für die Schuldenhaftung ist man einig, daß es für die im Betriebe gemachten Schulden ausschließlich haftet, daß also Privatgläubiger der beteiligten Personen es nicht in Anspruch nehmen können. De lege lata ist das schwer zu begründen. Daher empfiehlt sich entsprechende gesetzliche Regelung (179 ff.). 3. Über die persönliche Haftung der Komiteemitglieder für die in Beziehung auf das Unternehmen kontrahierten Schulden besteht Meinungsverschiedenheit, die geeignet ist, erhebliche Verkehrsunsicherheit hervorzurufen. Es empfiehlt sich, diese Haftung auszuschließen, wenn nicht etwas anderes bedungen wird (186 ff.). c) Seckel aaO. Sammelvermögen ist nur ein durch öffentliche Sammlung zu einem vorübergehenden, dem Sammler fremden Zwecke zusammengebrachtes Vermögen (570). Aus § 1914 BGB. ergibt sich, daß es als eigenartiges rechtliches Gebilde anerkannt ist. Das Spendungsgeschäft ist formfrei und bedarf keiner Staatsgenehmigung, ebensowenig die Zwecksatzung im Aufrufe. Das Sammelvermögen hat eine rechtlich selbständige Stellung. Die Verwalter sind zur satzungsmäßigen Verwendung verpflichtet und berechtigt (579). Alle Theorien, die auf ein privates Eigentum der Sammler oder Spender oder auf ein privates Gläubigerrecht in irgendwelcher Form hinauslaufen, sind wegen ihrer sachlichen Mängel und ihrer Unvereinbarkeit mit § 1914 BGB. zu verwerfen. Desgleichen die Höldersche Lehre vom öffentlich-rechtlichen Amtsvermögen, vor allem deren Folgerung: die persönliche Haftung des Sammlers. Deshalb muß das Sammelvermögen eine juristische Person genannt werden. Die verschiedenen Abarten dieser Theorie unterscheiden sich nur in der Anschauungsweise. Da das BGB. kein allgemeines Recht für alle juristischen Personen aufstellt, muß die Analogie Platz greifen, soweit nicht Sondersätze gelten. Zu diesen gehört die Form- und Genehmigungsfreiheit. Das Sammelunternehmen hat ein vollkommen selbständiges Vermögen, ist erwerbs-, grundbuch- und aktiv parteifähig. Es ist für Unternehmer und Spender fremdes Vermögen. Es hat eigene Schulden und haftet nur für diese. Anderseits besteht keine Haftung Dritter. Es besitzt juristische Entwickelungsfähigkeit. Seine Nutzungen fließen ihm deshalb selbst zu. Es steht unter grundsätzlich unwandelbarer Zwecksatzung, die durch den Aufruf bestimmt wird. Ausnahmsweise greift nur nach § 87 Zweckänderungsrecht ein. Der Verwalter vertritt das Sammelvermögen. Bei seinem Wegfall ist zum Ersatzschaffen in erster Linie die Verwaltungsbehörde befugt, in zweiter das Gericht. Der Verwalter hat das Recht, sein Amt niederzulegen, ist zu omnis diligentia verpflichtet, sonst der Masse ersatzpflichtig. Er hat Rechnung zu legen. Der Staat hat

nach den bestehenden Gesetzen ein ausreichendes Aufsichtsrecht (631). — Gesetzliche Vorschriften über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens empfehlen sich daher nicht (637). **d)** Knoke aaO. Der Begriff des Sammelvermögens beschränkt sich nicht auf das durch öffentliche Sammlung zusammengebrachte Vermögen. Es muß bestritten werden, daß die Privaten die Macht haben sollten, durch privates Rechtsgeschäft eine juristische Person ins Leben zu rufen, ohne die Kautelen zu beachten, die das BGB. dafür aufgestellt hat (93). Die Theorie der Spendervereinigung wird für private Sammlungen vielfach zutreffen. Soweit eine solche nicht vorliegt, ist fiduziarisches Eigentum der Sammler anzunehmen. Dieses geht auf die Erben über, die aber nicht für die Zwecke der Sammlung darüber verfügen dürfen. Das bisherige Recht bietet genügend Sicherheit, daß das Sammelvermögen seinem Zwecke nicht entfremdet wird. Es ist dem Zugriffe der Privatgläubiger der Sammler und Spender entzogen. Auch der strafrechtliche Schutz gegen Untreue der Sammler und Zugriff der Spender ist gegeben (99). Das Zivilrecht kann das Sammelvermögen gegen zweckwidrige Verfügungen der Sammler nur durch deren obligatorische Schadensersatzpflicht schützen. Eine solche ist gegeben. Sammler und Spender sind auch gemeinsam nicht befugt, das Sammelvermögen seinem Zwecke zu entziehen. Die Haftung für Schulden des Sammelvermögens ist de lege lata zweifelhaft. Seine Partei-Grundbuch- und Konkursfähigkeit ist zu verneinen (106). Die Sammler sind an das Programm des Sammelaufrufs, nicht aber an die Weisungen der Spender gebunden. Sie sind zur Rechnungslegung verpflichtet. Sie können ihr Amt nur aus wichtigen Gründen niederlegen. Im Falle der Untreue und Unfähigkeit können sie abberufen werden. Jeder Spender hat das Recht, Pflichterfüllung und event. die Beseitigung eines untreuen oder unfähigen Sammlers zu verlangen. Für die unbekannten Spender kann ein Pfleger nach § 1913 BGB. bestellt werden. — Gesetzliche Regelung wäre nach mancher Richtung wünschenswert, empfiehlt sich aber nicht durch Novellengesetzgebung? (112). **e)** Coumont aaO. Gesetzgeberische Maßnahmen sind in Österreich notwendig. **f)** Vom Juristentag angenommen wurden die Leitsätze: I. Für das Deutsche Reich empfiehlt sich die Schaffung gesetzlicher Vorschriften über die rechtliche Stellung der S. nicht. II. Im Hinblick auf die in Österreich im Zuge befindliche Gesetzesreform wurden eine Reihe besonderer Leitsätze aufgestellt. **g)** Hölder aaO. (2). Zwischen der Stellung des Sammlers und des Pflegers ist ein wesentlicher Unterschied. Die Macht des ersteren beruht auf privater Amtsübernahme und reicht nicht so weit als die des letzteren. Ersterer kann nicht Schulden kontrahieren, für die er nicht persönlich haftet, wohl aber letzterer.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Ebner, Das Deutsche Vereinsrecht. Hannover 1910. — Rundstein, Der gewerbliche Arbeitstarifvertrag und sein Verhältnis zum inneren Vereinsrechte, GoldschmidtsZ. **67** 474 ff.

Vorbemerkungen: Allgemeines. Verhältnis des rechtsfähigen zu dem nicht rechtsfähigen Vereine. **a)** Vgl. JDR. **6**, 7, 8 Vorbem. vor § 21. **b)** Schwarz aaO. 32. Ein Verein kann vorübergehend ohne Mitglieder und ohne Vermögen bestehen, solange nur der Vereinszweck und die vereinsmäßige Organisationsbestimmung (Statut) aufrechterhalten bleibt. Da nun der Verein auch während dieser Zeit rechtsfähig ist, so ist erwiesen, daß die Rechtsfähigkeit nicht den Mitgliedern, nicht dem Vermögen, überhaupt nicht einem physischen „Substrat" oder „Wesen", sondern dem Vereinszwecke zusteht. Dasselbe gilt für die Stiftung (s. § 80 Note 1). **c)** FrankfRundsch. **44** 138 (Frankfurt). Wesentlich für den rechtlichen Vorgang der sich von selbst vollziehenden Umwandlung des Vereinsvermögens eines nicht rechtsfähigen Vereins durch die Eintragung in

das Vermögen der juristischen Person ist lediglich, daß es die **Mitglieder** sind, die die betr. Rechtshandlung vornehmen, und daß sich diese Rechtshandlung in der von ihnen vereinbarten Form, mithin entsprechend ihrer Satzung vollzieht. **d)** OLG. **20** 28, R. **10** Nr. 468 (Celle). Bei nachfolgender Eintragung entsteht der Verein zunächst als nicht rechtsfähiger durch die Gründung. Rechte und Pflichten für ihn können unter der Bedingung der Erlangung der Rechtsfähigkeit begründet werden. **e)** Lindemann (s. zu § 54) 18. Bei versagter Eintragung oder Verleihung der Rechtsfähigkeit kann die Erlangung der letzteren ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung erklärt sein. Bei Aktiengesellschaften ꝛc. wird dies fast stets anzunehmen sein. Ist ein Fortbestehen nicht vereinbart, so ist mit der endgültigen Versagung der Rechtsfähigkeit der Vertrag unwirksam geworden. **f)** Ebner aaO. 60. Vermögen, Rechte und Verbindlichkeiten des nicht rechtsfähigen Vereins gehen nach Erlangung der Rechtsfähigkeit ohne besondere Übertragung auf diesen über. Die persönliche Haftung aus § 54 Abs. 2 geht aber nicht ohne weiteres über.

§§ 21, 22. Literatur: v. Dassel, Wann ist der Zweck eines Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet? R. **10** 306. — Deumer, Können Genossenschaften Rechtsfähigkeit auch durch staatliche Verleihung (§ 22 BGB.) erlangen? R. **10** 640.

1. Allgemeines. Deumer aaO. Genossenschaften können Rechtsfähigkeit nicht durch staatliche Verleihung erlangen.

2. Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. **a)** Die Entsch. JDR. **8** Note 2a auch OLG. **20** 27. **b)** OLG. **20** 25, R. **10** Nr. 470 (KG.). Es genügt nicht, daß der Zweck des Vereins auf Erlangung wirtschaftlicher Vorteile oder Verhütung von Vermögensbeschädigung der Mitglieder gerichtet ist. Der wesentliche Inhalt des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs besteht im Abschlusse von Rechtsgeschäften, die für den Verein Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen. §§ 21, 22 bezwecken die Sicherheit des **Publikums**, mit dem der Verein in Verbindung tritt. Dazu gehören nicht die Vereinsmitglieder als solche. **c)** FrankfRundsch. **44** 138 (Frankfurt). Es kommt nicht lediglich auf die wirtschaftliche oder außerwirtschaftliche Natur der Vereinszwecke an. Das entscheidende Kriterium ist die Art des Geschäftsbetriebs. Es genügt also nicht, daß der Zweck des Vereins auf Gewinn gerichtet ist. Zum Wesen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs eines Vereins gehört, daß der Verein berufsmäßig **nach außen hin**, dem Publikum oder den Kunden gegenüber, wirtschaftliche Geschäfte betreibt, d. h. mit dritten Personen Rechte und Verbindlichkeiten erzeugende Rechtsgeschäfte abschließt (gegen Staudinger und Hölder). Denn § 33 soll dem Schutze dritter Personen dienen, die mit dem Verein in Rechtsbeziehungen treten. Das ist nicht der Fall bei einem Hausbesitzervereine, der seinen Mitgliedern unentgeltlich Rat und Auskunft erteilt und Drucksachen gegen Erstattung der Selbstkosten überläßt. **d)** Dassel aaO. Der Zweck eines Vereins ist nicht schon dann auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, wenn der Verein einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Fach- und Berufsvereine sind darum zur Eintragung in das Vereinsregister zuzulassen, auch wenn sie die wirtschaftliche Besserung der Lage ihrer Mitglieder bezwecken. **e)** Reger **30** 103 (LG. Stuttgart). Für die Frage, ob ein Verein mit sog. idealen Tendenzen vorliegt, kommt es auf die Haupttätigkeit des Vereins an. **f)** ZBlFG. **11** 46, NaumburgAK. **10** 45 (LG. Halberstadt). Die Eintragung einer Jagdgesellschaft in das Vereinsregister ist zulässig, da sie nicht die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile, sondern die Freude am Waidwerk im Auge hat, die wirtschaftliche Verwertung des erlegten Wildes aber lediglich tatsächliche Folge ist.

3. Zu Unrecht erfolgte Eintragung. **a)** Vgl. JDR. **7** Note 2, **8** Note 3. **b)** OLG. **20** 25, R. **10** Nr. 470 (KG.). Wenn dem Vereine zur Zeit der Eintragung die Eintragungsfähigkeit nach § 21 gemangelt hat, so erlangt er durch

die Eintragung keine Rechtsfähigkeit. — Vgl. zu dieser Frage den Literaturnachweis FrankfRundsch. **44** 139 (Frankfurt), wo die Frage aber dahingestellt gelassen wird. c) Vgl. zu § 55.

4. Religionsgesellschaften. a) Vgl. JDR. **4** Note 4, **8** Note 4. b) KGJ. **39** A 300 (Jena). Geistliche Gesellschaft ist jede innerhalb einer Religionsgesellschaft bestehende freie Vereinigung, die einen unmittelbaren religiösen Zweck, nämlich die Ausübung des Gottesdienstes oder gottesdienstlicher Handlungen neben denen der Religionsgesellschaft verfolgt. Erlangt eine solche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur durch landesherrliche Verleihung, so kann sie nicht ohne solche Verleihung als Gesellschaft mit beschränkter Haftung errichtet werden.

§ 24. Klein, ÖstZBl. **10** 652. Begründung und Aufhebung des domicilium voluntarium eines rechtsfähigen Vereins ist stets Willenserklärung.

§ 25. a) **RG.** **73** 192, R. **10** Nr. 1697, 1699. Eine „Standesordnung", die das Ausschließungsverfahren regelt und auf die in der Satzung Bezug genommen ist, bildet einen Teil der Satzung und bedarf der Einreichung. b) **RG.** SeuffA. **65** 385. Die Bestimmung des § 139 BGB. über die teilweise Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist nicht anwendbar auf die Unwirksamkeit einer Statutenbestimmung. c) Statutenbestimmungen über Ausschließung von Mitgliedern § 39 Note 1.

§ 26. a) ElsLothJZ. **10** 235 (Colmar). Eine Satzungsbestimmung, nach der einzelne Mitglieder des Vorstandes zur Vertretung des Vereins vor Gericht ermächtigt sind, ist gültig. b) OLG. **20** 33, R. **10** Nr. 472 (Hamburg). Eine von einem Verein eingesetzte Kommission kann Ansprüche des Vereins nicht im eigenen Namen geltend machen. c) SchlHolstAnz. **10** 205 (Kiel). Wenn der Vorstand eines Vereins es zuläßt, daß ein Angestellter, der als solcher zur Annahme von Zahlungen und Ausstellung von Quittungen nicht berechtigt ist, Gelder annimmt und darüber Quittung leistet, so muß aus solchem Verhalten auf die Ermächtigung zu solchen Geschäften geschlossen werden.

§ 27. Abs. 3. Volkmar, R. **10** 130. Der Vereinsvorstand ist auch ohne besondere Satzungsbestimmung befugt, einen Bevollmächtigten zur Forderungseinziehung zu bestellen.

§ 29. **RG.** R. **11** 7. Bei dieser Vorschrift ist in erster Linie an Fälle vorübergehender Verhinderung gedacht. Sie ist jedoch auch da anwendbar, wo eine voraussichtlich lange oder eine auf andere Weise überhaupt nicht zu beseitigende Vakanz die Beschaffung eines Notbehelfs erforderlich macht.

§ 31. 1. Anwendungsgebiet. a) **RG.** **74** 255, WarnE. **4** 6. Das BGB. hat die Haftung der Körperschaften und des Staates für schadenstiftende Handlungen ihrer Beamten auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt, so daß die ältere Rechtsprechung nicht mehr maßgebend ist. b) Krückmann, JheringsJ. **57** 35, behandelt die Frage des Aufgehens des Organs in der Gesamtheit oder seiner relativen Selbständigkeit.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. a) **RG.** **74** 256, WarnE. **4** 7, R. **11** Nr. 8. Zunächst ist stets zu prüfen, ob der Betr. überhaupt „Vertreter" ist. Die sichere Grundlage, auf die das BGB. die Deliktshaftung der juristischen Person gestellt hat, ist: Wer sie im rechtsgeschäftlichen Verkehr als ihr Willensorgan vertritt, dessen Handlungen sollen, auch wenn sie unerlaubt sind, als ihre Handlungen gelten, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 31 vorliegen. Zwar erfordert das Gesetz — wie aus den Worten „ein Mitglied des Vorstandes" erhellt — nicht gerade, daß der Vertreter die juristische Person für sich allein rechtsgeschäftlich verpflichten kann. Wo Gesamtvertretung besteht, gelten auch die Delikte eines einzelnen Vertreters als solche der juristischen Person. Wem aber rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht überhaupt nicht beiwohnt, der kann die juristische Person höchstens nach § 831 BGB. verpflichten. b) **RG.** JW. **11** 85. Voraussetzung ist nicht nur die

Berufung auf Grund organisatorischer Bestimmung und damit in eine organisatorisch geregelte Dienstaufgabe. Weiter erforderlich ist selbständige Vertretung von Rechten und Pflichten der Körperschaft, also nicht bloß Stellung als Hilfsbeamter eines anderen. c) Vgl. § 89 Note 2.

3. Haftung bei Kollektivvertretung. a) Vgl. Note 2 a und JDR. **7** Note 4. b) HansGZ. **10** Beibl. 304 (Hamburg). Im Falle der Kollektivvertretung genügt das unerlaubte Verhalten eines Geschäftsführers.

4. Klagebegründung. a) Vgl. § 89 Note 3. b) **RG.** WarnE. **3** 193. Der Satz, daß die Bezeichnung eines bestimmten verfassungsmäßig berufenen Vertreters für die Haftbarmachung der juristischen Person nicht erforderlich sei, ist in dieser Allgemeinheit wenigstens für das Gebiet der unerlaubten Handlung nicht richtig. Denn als unerlaubte Handlung der juristischen Person gilt eine entsprechende Handlung ihrer Vertreter. Wird objektiv der Tatbestand der Verletzung eines Schutzgesetzes festgestellt, für dessen Befolgung die juristische Person verantwortlich wäre, oder wird der Schaden durch eine bleibende Einrichtung oder einen dauernden ordnungswidrigen bzw. sicherheitsgefährlichen Zustand der von der juristischen Person geschaffenen oder zu unterhaltenden Anlage verursacht, so rechtfertigt sich der Schluß, daß die verfassungsmäßig berufenen Vertreter ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben. Im übrigen kommt es auf die konkreten Umstände an.

§ 32. 1. Aufnahme von Mitgliedern. a) WürttJ. **10** 37 (Stuttgart). Ist in der Satzung eines Vereins bestimmt, daß über Aufnahme der Vorstand beschließt, daß über Beschwerden wegen statutenwidriger Nichtaufnahme der Gemeinderat entscheidet, so ist diesem nicht die schiedsrichterliche Entscheidung eines Streites übertragen, vielmehr hat er als Beschwerdeinstanz die endgültige Entscheidung über die Mitgliedschaft. Mit dem die Aufnahme anordnenden Beschluß erwirbt der Antragsteller einen privatrechtlichen Anspruch auf Aufnahme. Ob der Verein seine Auflösung bereits beschlossen hat, ist unerheblich, solange er noch nicht in das Liquidationsstadium getreten ist. b) Vgl. § 39 Note 3 c.

2. Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern. OLG. **20** 29 (Hamburg). Eine Satzungsbestimmung, die solche generell einem Vereinsschiedsgericht unterwirft, ist bedenklich wegen § 1026 ZPO.

3. Abschluß eines Arbeitstarifvertrags durch einen Verein. Rundstein aaO. Es ist streitig, ob der Tarifvertrag nur den Verband, der ihn geschlossen hat, oder seine Mitglieder oder beide bindet. Bei der „Verbandstheorie" ist der Vertrag vom Wechsel der Mitglieder unabhängig. Austretende Mitglieder werden frei. Der Gegenkontrahent ist machtlos gegen die aus der Auflösung, Spaltung oder Fusionierung des Verbandes für den Bestand des Vertrags drohenden Gefahren. Die Haftbarmachung des Verbandes für die nach Auflösung vorkommenden Vertragswidrigkeiten der ehemaligen Mitglieder ist ausgeschlossen. Nach der kombinierten Theorie bleiben die Mitglieder auch nach dem Austritte verpflichtet. Der bloße Beitritt neuer Mitglieder ist für diese keine die Vertragsgeltung begründende Willenserklärung, zumal sie ohne Beteiligung der Gegenpartei geschieht. Die Ausschließung eines Mitglieds aus Gründen, die mit dem Tarifvertrage nicht zusammenhängen, berühren dessen tarifliche Rechte und Pflichten nicht. Ausschluß wegen Tarifbruchs dagegen endigt den Vertrag.

§ 35. Literatur: Markowitsch, Das Problem der Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder. Diss. Berlin 1910.

Markowitsch 172. Sonderrechte sind solche Mitgliederberechtigungen, die sich auf einer Mittellinie befinden, welche zwischen der die Einheit der juristischen Person bewirkenden Macht der Mitgliederversammlung und den allgemeinen, die Sonderbestrebungen ausdrückenden Mitgliederbefugnissen, welche lediglich aus der Zugehörigkeit zu einer Körperschaft abgeleitet werden, zu ziehen ist. Der Macht

der Gesamtheit ist dort eine Grenze zu ziehen, wo sie einerseits diejenigen Mitgliederrechte verletzen würde, die aus dem Zwecke des Vereins in bezug auf die Mitglieder herausfließen, und die somit mit dem Wesen der Körperschaft untrennbar verbunden sind, und wo sie andererseits zur willkürlichen Ausstoßung der Glieder aus dem Vereine führen würde. Die positive Regelung kann bei einzelnen Körperschaften Abweichungen bedingen. Die allgemeine Formel wird bei den einzelnen Arten von Körperschaften zu verschiedenen Ergebnissen führen.

§ 38. **RG. 73** 191. Die Mitgliedschaft ist von den Mitgliedschaftsrechten begrifflich unterschieden. In ihr vereinigt sich die Gesamtheit aller Mitgliedschaftsrechte, der Sonderrechte, wie der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte.

§ 39. Literatur: Müller, Kann ein Mitglied, welches aus einem Verein ausgeschlossen wird, hiergegen das staatliche Gericht anrufen, und in welchem Umfang ist das staatliche Gericht zur Nachprüfung der Ausschließungsgründe befugt? WürttRpflZ. **11** 1 ff.

Ausschließung von Mitgliedern.

1. Zulässigkeit. a) **RG. 73** 187, JW. **10** 467, R. **10** Nr. 1698, 1700 (in Abänderung von OLG. Karlsruhe, DJZ. **10** 1032). Trifft die Satzung keine Bestimmung über den Ausschluß, so ist der Ausschluß durch einfachen Vereinsbeschluß unzulässig. Durch bloßen Verwaltungsakt kann der Verein nicht einzelnen Mitgliedern oder einer Gruppe von ihnen einen Vorzug einräumen oder die Rechte der anderen im Vergleiche mit ihnen heruntersetzen. Dazu bedürfte es der Satzungsänderung. Dies gilt für die einzelnen Mitgliedschaftsrechte und erst recht von der Mitgliedschaft selbst. **b)** R. **10** Nr. 3882 (Stuttgart). Eine Statutenbestimmung, daß die Austrittserklärung nicht vor Ablauf des ersten Mitgliedsjahrs abgegeben werden darf und nur mit halbjährlicher Kündigung auf den Schluß eines Rechnungsjahrs zulässig ist, ferner, daß jedes Mitglied sich mit der Austrittserklärung noch für 2 Jahre gewissen Bestimmungen unterwirft, ist unzulässig.

2. Ankündigung. Verfahren. a) **RG.** R. **10** Nr. 46. Bei einem sich über einen großen Bezirk erstreckenden, allgemeinen Interessen dienenden, losen Vereine mit vielen Hundert Mitgliedern muß, wenn es sich um die Ausstoßung eines Mitglieds handelt, dieser Punkt der Tagesordnung für jedes an den Vereinsangelegenheiten in durchschnittlichem Maße interessierte Mitglied ohne besondere Erkundigung aus der Einladung erkennbar sein. **b)** OLG. **20** 34 (Hamburg). Die Satzungsbestimmung, daß „für jeden besonderen Fall" ein Ehrengericht zu wählen ist, schließt eine Verbindung mehrerer zusammenhängender Sachen nicht aus. Die Tagesordnung braucht nicht die einzelnen Vorwürfe aufzuführen. Sie ist dazu bestimmt, in knappster Form die Gegenstände zu bezeichnen.

3. Nachprüfung durch das Gericht. a) DJZ. **10** 543, R. **10** Nr. 1904 (Karlsruhe). Eine materielle Nachprüfungsbefugnis des Ausschließungsgrundes steht dem Gerichte nicht zu. Das wäre ein unberechtigter Eingriff in die Vereinsautonomie. **b)** OLG. **20** 94, R. **10** Nr. 471 (Hamburg). Gestattet die Satzung Berufung an ein anderes Organ, so ist trotz entgegenstehender Satzungsbestimmung nachzuprüfen, ob dabei ordnungsmäßig verfahren ist. Hierbei ist in erster Linie die Satzung maßgebend. Versagt sie, so ist auf allgemeine Rechtsregeln zurückzugreifen. Daraus folgt das Recht der Begründung der Berufung. Es genügt aber, wenn in der Berufungsverhandlung der Sachverhalt und Kern der Verteidigung genügend klar vorgetragen wurde. Auf Verlesung der Verteidigungsschrift besteht kein Recht. **c)** Müller aaO. Der in der Satzung ausgedrückte Parteiwille ist es, der dem staatlichen Richter das sachliche Prüfungsrecht bei der Frage des Ausschlusses eines Mitglieds entzieht. Die Entziehung ist also lex contractus. Daher gilt dies auch für den nicht rechtsfähigen Verein. Die Ausschlußverfügung des Vorstandes oder der Mitgliederversammlung ist kein Schiedsspruch, sondern ein Verwaltungsakt. Der Rechtsweg dagegen ist also gegeben, die Beschränkungen der Nachprüfung sind

materiell-rechtliche. Ein rechtlich verfolgbarer Anspruch, aufgenommen zu werden, ist regelmäßig nicht gegeben. Durch den Beitritt werden aber solche Ansprüche erworben. Über diese haben die dazu berufenen Organe gemäß § 315 BGB., je nachdem es bestimmt ist, nach billigem oder freiem Ermessen zu entscheiden. In ersterem Falle hat das Gericht nachzuprüfen, ob das Ermessen ein billiges ist, in letzterem Falle nicht. Hier ist nur zu prüfen, ob die Vereinsorgane den Ausschlußwillen in der satzungsmäßigen Form abgegeben haben. **d)** Vgl. § 32 Note 3.

§§ 43, 44. SächsOVG. **14** 150 (SächsOVG.). Diese Bestimmungen dienen zum Schutze des Vereins gegen die Ausübung der Befugnisse der Verwaltungsbehörden. Sie bieten aber keinen Anhalt dafür, daß diese Verfahrensgarantien auch gegeben werden sollen, wenn das von einem Dritten beantragte Einschreiten gegen den Verein von der Verwaltungsbehörde abgelehnt wird. Ein Landesgesetz, das eine solche Anfechtung zuließe, wäre ungültig.

§ 54. Literatur: Lindemann, Der nicht rechtsfähige Verein. Berlin 1910. — Teutsch, Der nicht rechtsfähige Verein auf dem Wege zur Rechtsfähigkeit, BayRpflZ. **10** 153.

1. Allgemeines. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. **a)** Teutsch aaO. In Literatur und Rechtsprechung zeigt sich das Bestreben, auf den Verein ohne Rechtsfähigkeit trotz § 54 die nämlichen Grundsätze anzuwenden, wie auf den rechtsfähigen, z. B. bezüglich der Nachprüfbarkeit von Ausschließungsgründen durch den Richter, des Fortbestandes trotz Ausscheidens von Mitgliedern, der Schuldenhaftung. Ob dieses Bestreben Billigung verdient, ist zweifelhaft, da das Gesetz es absichtlich anders gewollt hat. **b)** Lindemann aaO. 3. Die Bezeichnung als nicht rechtsfähig entspricht nicht seiner rechtlichen Stellung. Verf. bezeichnet ihn daher als „beschränkt rechtsfähigen Verein". Ein solcher ist (7) eine nicht mit Körperschaftsrechten ausgestattete Mehrheit von Personen, die im Rechtsleben als Einheit unter einem Namen handelnd auftreten, ihre Beziehung zur gemeinschaftlichen Erreichung eines bestimmten dauernden Zweckes durch einen gegenseitigen Vertrag (Satzung) geregelt und die Führung der Geschäfte einem Ausschusse (Vorstand) übertragen haben. Ihre Zahl darf entweder nicht beschränkt oder es muß bei geschlossener Mitgliederzahl ein Wechsel der Personen als der Regel nach zulässig vorgesehen sein. **c)** SchlHolstAnz. **10** 206 (Kiel). Eine Vereinigung von Gewerbetreibenden zu einem Ringe, um Mindesterträge für ihre Leistungen zu erzielen, kann als Gesellschaft oder Verein anzusehen sein. **d)** Klein, ÖstZBl. **10** 654. Begründung und Aufhebung des Sitzes eines nicht rechtsfähigen Vereins ist Rechtshandlung.

2. Namensrecht. **a)** Vgl. Vorbem. 2 b zum 2. Titel. **b)** FrankfRundsch. **10** 191 (LG. Frankfurt). Auch der nicht rechtsfähige Verein ist namensfähig und hat einen Anspruch auf rechtlichen Schutz dieses Namens nach § 12 BGB. Die Eintragung ins Vereinsregister verschafft dem eingetragenen Vereine für das Namensrecht keinen Vorzug vor dem nicht eingetragenen. Ein solcher folgt auch nicht aus § 57 Abs. 2. **c)** Lindemann aaO. 12, 23, 58. Der Verein muß einen Namen haben. Solange die Mitglieder sich nicht über den Namen geeinigt haben, haben sie keinen Verein gegründet. Der Name genießt den Schutz des § 12 BGB. Als Wechselunterschrift ist er nicht verwendbar. Er bezeichnet keine wechselfähige Person.

3. Beitritt zu anderen Vereinen, Haupt- und Zweigvereine. **a)** Vgl. JDR. **6** Note zu § 58, **7** Note 3, **8** Note 2. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 17, ZBlFG. **10** 542. Ein nicht rechtsfähiger Verein kann aus einer Anzahl rechtsfähiger bestehen. **c)** Reger **30** 113 (LG. Stuttgart). Nicht rechtsfähige Vereine können sich als solche zu einem eingetragenen Verein in der Weise zusammenschließen, daß die Mitgliedschaft des einzelnen bei dem nicht eingetragenen Vereine durch die Zugehörigkeit zu einem Orts- oder Bezirksvereine vermittelt wird und daß hierbei

an die Stelle der Mitgliederversammlung eine Vertreterversammlung der einzelnen Vereine tritt. e) **RG.** DJZ. **10** 314. Die „Zahlstelle des Holzarbeiterverbandes" ist ein besonderer Verein. Die Doppelstellung, daß die Organe eines sich an einen größeren Verband angliedernden besonderen Vereins gleichzeitig Organe des Hauptvereins in gewissen Angelegenheiten sind, ist rechtlich nicht bedenklich. Der Hauptverein würde aus Geschäften des Zweigvereins nur mithaften, wenn er durch seinen besonderen Vorstand dem Vertrage beigetreten wäre. f) Dasselbe sagt **RG. 73** 92, JW. **10** 182, ZBlFG. **10** 658, R. **10** Nr. 827 und fährt fort: Diese Auffassung wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der besondere Verein ohne weiteres jedes Mitglied des Hauptvereins auch als solches des Zweigvereins gelten lassen und behandeln, und jedes Mitglied des Hauptvereins, wenn es nicht auch die Zugehörigkeit zu diesem aufgeben will, dem Zweigverein angehören muß. Ist in der Satzung einer „Zahlstelle" ausgesprochen, daß bei Auflösung oder Schließung das vorhandene Vermögen und Inventar dem Gesamtverbande zufalle, so ist gerade damit die Auffassung zum Ausdrucke gebracht, daß dieses Vermögen nicht schon während des Bestandes der Zahlstelle einen Bestandteil des Vermögens des Hauptvereins bilden, die Zahlstelle also nicht bloß ein Teil des Hauptverbandes, sondern selbständige Trägerin von Vermögensrechten sein soll. g) v. Landmann, DJZ. **10** 499. Die Entscheidung zu e wird künftig bei Abschluß von Tarifverträgen, wenn die Parteien wollen, daß die Hauptverbände mithaften, zu beachten sein.

4. Eintragung ins Grundbuch. a) Vgl. JDR. **7** Note 4. b) RJA. **10** 152, ZBlFG. **10** 505 (Jena). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht Träger von Gläubigerrechten an Hypotheken sein. Ist die Eintragung trotzdem erfolgt, so kann die Löschung gemäß § 54 GBO. nur erfolgen, wenn sich aus der Eintragung selbst ergibt, daß der Gläubiger eine nicht rechtsfähige Person ist.

5. Haftung der Mitglieder. a) Vgl. JDR. **1** Note 7, **5** Note 5, **6** Note 9, **7** Note 5, **8** Note 3. b) **RG.** JW. **10** 227, SächsRpflA. **10** 403, R. **10** Nr. 1061, WarnE. **3** 97. Die persönliche Haftung der Mitglieder für die Gesellschaftsschulden gilt nur, soweit nichts Abweichendes vereinbart ist. Dies kann auch stillschweigend geschehen und zwar nicht nur im Einzelfalle, sondern auch allgemein dadurch, daß die Vertretungsmacht des für die Gesellschafter Handelnden nur dahin erteilt wird, die Gesellschafter mit Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zu verpflichten. Bei nicht rechtsfähigen Vereinen kann dies rechtswirksam allgemein in der Satzung geschehen. Der Umfang der Vertretungsmacht ist durch Auslegung der Satzung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte festzustellen. Die Regel bildet bei Vereinen die auf das Vereinsvermögen beschränkte Haftung. Deshalb muß der Vertragsgegner nachweisen, daß ausnahmsweise eine weitergehende Vertretungsmacht bestand. c) Hölder, DJZ. **10** 1264, bekämpft die Bestrebungen, die Haftung der Mitglieder nicht rechtsfähiger Vereine zu beschränken. Das läuft auf die freie Bildung von Zweckvermögen hinaus, die gerade vom Gesetze versagt ist. d) Lindemann aaO. 65 ff. In der Regel wollen sich die Mitglieder nur zu den satzungsmäßigen Beiträgen verpflichten. Der Vertragsgegner rechnet auch damit. Bei idealen Vereinen ist dies allgemein als Wille der Beteiligten anzunehmen. Bei wirtschaftlichen Vereinen kann eine bestimmte Regel nicht aufgestellt werden. Bei Kapitalvereinen ist regelmäßig eine Gesamthaftung anzunehmen. e) OLG. **20** 295, HansGZ. **10** Beibl. 18, R. **10** Nr. 1903, 3437. Der nicht rechtsfähige Verein haftet nicht für die unlauteren Wettbewerbszwecken dienenden Veröffentlichungen seiner Vorstandsmitglieder, wenn diese weder im Namen des Vereins noch erkennbar fürihn gehandelt haben.

6. Persönliche Haftung des Handelnden. a) Vgl. JDR. **7** Note 6, 8 Note 4. b) Die Entsch. JDR. **8** Note 4 b auch OLG. **20** 32, SeuffA. **65** 2. c) **RG. 73** 104. Es ist Auslegungsfrage im Einzelfall, ob die persönliche Haftung des Handelnden habe ausgeschlossen werden sollen.

7. Ausschluß und Austritt von Mitgliedern. a) Vgl. JDR. **7** Note 7, **8** Note 6. **b)** **RG. 73** 187, JW. **10** 467. Beim nicht rechtsfähigen Vereine hängt die Zulässigkeit der Ausschließung davon ab, ob in der Person des auszuschließenden Mitglieds ein wichtiger Grund zur Ausschließung entstanden ist. **c)** OLG. **20** 30, R. **10** Nr. 473 (Braunschweig). Ergibt sich aus der Satzung nichts anderes, so ist die Mitgliedschaft jederzeit kündbar. Die Kündigung kann gegenüber dem Vorsitzenden ausgesprochen werden. Nach Gesellschaftsrecht wäre dies zwar nicht ausreichend. Allein dessen Anwendung ist nur soweit statthaft, als es sich mit dem körperschaftlichen Wesen des Vereins verträgt.

8. Der nicht rechtsfähige Verein im Prozesse. a) Vgl. JDR. **7** Note 8, **8** Note 7. **b)** SächsRpflA. **10** 566 (Dresden). Zwischen den Mitgliedern eines nicht eingetragenen Vereins besteht im Prozesse gegen ein Mitglied, das seinen Beitritt anficht, notwendige Streitgenossenschaft. **c)** Lindemann aaO. 79 ff. Der nicht rechtsfähige Verein hat nur die passive Parteifähigkeit. Diese erstreckt sich aber auch auf Widerklagen, Aufrechnung und andere gegen den Kläger gerichtete Maßnahmen, nicht aber auf Maßnahmen gegen Dritte. Beitritt zu einem Rechtsstreit ohne vorherige Streitverkündung ist ihm versagt, nicht aber nach Streitverkündung.

9. BadRpr. **10** 39 (Karlsruhe). Der Wirt haftet aus einem mit einem nicht rechtsfähigem Vereine geschlossenen Mietvertrage den Mitgliedern und Gästen für den verkehrssicheren Zustand der Zugänge zu den gemieteten Räumen.

2. Eingetragene Vereine.

Literatur: Geich, Die Anmeldung der Wiederwahl eines Vorstandsmitglieds zur Eintragung in das Vereinsregister, R. **10** 236. — Witkowski, Zur Frage der Nichtigkeit eines „ideal" eingetragenen Vereins, R. **10** 83 f.

§ 55. a) Witkowski aaO. Unser Recht kennt keine nichtigen eingetragenen Vereine, sondern nur „wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässige Eintragung" eines Vereins. Der Registerrichter ist also die einzige zuständige Stelle, die über das Vorhandensein eines derartigen Mangels, allgemein wirksam, entscheidet. **b)** Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 98 f. Die Eintragung eines Vereins ins Vereinsregister eines unzuständigen Amtsgerichts ist ohne Wirkung. Gegenüber § 7 FGG. ist § 55 BGB. ähnlich wie § 200 HGB., § 13 GenG., § 11 GmbHG. lex specialis.

§ 59. a) Entsch. JDR. **8** Note, BayObLG. **10** (nicht **9**) 81. **b)** Vgl. § 25 Note a.

§ 60. a) KGJ. **39** A 144 (KG.). Der Beschluß, durch den die Anmeldung eines Vereins zur Eintragung in das Vereinsregister zurückgewiesen wird, ist mit der sofortigen Beschwerde nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung auch dann anfechtbar, wenn die Zurückweisung erfolgt ist, weil das Gericht die Bestimmungen der Satzung über die Bildung des Vorstandes für gesetzwidrig erachtet hat. Auch in einem solchen Falle ist die ausschließliche Zuständigkeit des Kammergerichts zur Entscheidung über das Rechtsmittel der sofortigen weiteren Beschwerde für ganz Preußen begründet. **b)** Vgl. § 71 Note a.

§ 67. a) Entsch. JDR. **8** Note a auch OLG. **20** 29. **b)** Geich aaO. wendet sich gegen die Notwendigkeit, die erneute Bestellung eines Vorstandsmitglieds anzumelden.

§ 71. a) **RG. 73** 193. Ist die Einreichung eines Teiles der Satzung unterblieben und nicht bemängelt worden, so erheben sich sehr erhebliche Zweifel gegen die Annahme, daß die Änderung der darin enthaltenen Bestimmungen von den Vorschriften der §§ 71, 60—64 befreit seien. **b)** BayObLG. **10** 81 (BayObLG.). Wenn das Registergericht die Eintragung einer Satzungsänderung ablehnt, weil es in einigen der neuen Bestimmungen Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften findet, das Be-

schwerdegericht aber die Zurückweisung der Anmeldung deshalb für gerechtfertigt erklärt, weil die Anmeldung nicht der gesetzlichen Vorschrift entspricht, so ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts inhaltlich eine andere als die des Registergerichts und die Anfechtung mit weiterer Beschwerde statthaft. Die Ablehnung der Eintragung der Satzungsänderung kann nur mit sofortiger Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO. angefochten werden, während gegen die Zurückweisung der Anmeldung von Vorstandsmitgliedern die Beschwerde nach den Vorschriften des FGG. stattfindet.

II. Stiftungen.

Literatur: Rudolph, Die gemischte Stiftung, DJZ. **10** 878.

§ 80. 1. Stiftungszweck. Schwarz aaO. (Vorbem. zum 2. Titel) 30 f. Eine Stiftung kann nicht nur zu altruistischen, sondern auch zu egoistischen Zwecken gemacht werden, z. B. für die Versorgung des eigenen Alters. Ob die Staatsbehörde eine solche Stiftung genehmigen will, steht in ihrem Ermessen. Das BGB. verbietet dergleichen nicht und begrifflich steht ihm nichts im Wege. Erfolgt die Genehmigung, so ist das Vermögen trotz seines egoistischen Zweckes Stiftungsvermögen. Es verfolgt einen verwandten, aber doch einen anderen Zweck als das Privatvermögen des Stifters. Zur Existenz der Stiftung bedarf es weder eines Vermögens, noch eines Verwalters, sondern nur der staatlichen Anerkennung eines vermögensfähigen Stiftungszwecks und des Bestehens einer Organisationsbestimmung. Dasselbe gilt für den Verein (s. Vorbem. vor § 21 Note b).

2. Sitz der Stiftung. Klein, ÖstZBl. **10** 653. Begründung und Aufhebung des domicilium voluntarium einer Stiftung ist stets Willenserklärung.

3. Abgrenzung des Begriffs der Familienstiftung. a) KGJ. **38** A 98 (KG.). Eine Stiftung, bei der die Einkünfte zunächst nur im Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie zu verwenden sind, nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums aber daneben auch zur Unterstützung anderer Personen Verwendung finden dürfen, ist nicht als Familienstiftung, sondern als gemeinnützige milde Stiftung anzusehen. Ihre Genehmigung hat nur nach den für milde Stiftungen bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen. **b)** R. **10** 94 (KG.). Gemischte Stiftungen, bei denen schon während des Bestehens der Stiftung die Erträgnisse auch für andere außerhalb der Familie Stehende in gemeinnütziger Absicht zum Zwecke der Unterstützung verwendet werden können, sind keine Familienstiftungen. c) Rudolph aaO. Wesenserfordernis der Familienstiftung ist, daß sie mehreren Generationen dienen, auf längere Zeit der Familie nutzbar sein müsse.

4. Aufsicht. a) KGJ. **38** A 98 (KG.). Die Aufsicht über eine milde Stiftung gebührt ausschließlich derjenigen Behörde, der die Stiftung in den staatlich genehmigten Satzungen unterstellt ist. **b)** PrOVG. **56** 33 (PrOVG.). Besitzt eine Stiftung nach Ansicht der Aufsichtsbehörde Rechtsfähigkeit und fordert die Aufsichtsbehörde von der Stadtgemeinde die Herausgabe des Stiftungsvermögens an das zur Vertretung der rechtsfähigen Stiftung berufene Organ, so stellt der Beschluß der Stadtverordnetenversammlung, der die Rechtsfähigkeit nicht anerkennt und die Herausgabe des Vermögens verweigert, keine der Beanstandung unterliegende Gesetzesverletzung dar. c) RheinA. **107** 196 (Cöln). Die in der Rheinprovinz bestehenden Wohltätigkeitsanstalten und Stiftungen bedürfen nach rheinisch-französischem Rechte zum Liegenschaftsverpfänden der Genehmigung der Bezirksregierung. Die Satzung kann dieses Erfordernis nicht ausschließen.

§ 86. 1. Vertretung der Stiftung. a) RheinA. **107** 196 (Cöln). Ist der jeweilige Bürgermeister einer Stadt auch durch die Stiftungsurkunde zum Vorsitzenden der die Stiftung verwaltenden Kommission berufen, so gehört seine Vertretung der Stiftung doch nicht zu seinen städtischen Amtsgeschäften. **b)** OLG.

20 36, R. **10** Nr. 474, 532 (Dresden). Die „Kollatoren“ sind nach sächsischem Rechte nicht gesetzliche Vertreter von Stipendienstiftungen an Universitäten. — Mit Unrecht als gesetzliche Vertreter von Stiftungen auftretende Personen haften für die Kosten nach Kopfteilen.

2. Die Entsch. JDR. **8** auch GruchotsBeitr. **53** 852.

§ 88. ZBlFG. **11** 47 (LG. Cöln). Zur Umschreibung von Grundeigentum an die Anfallberechtigten einer rechtsgültig aufgehobenen Familienstiftung ist Auflassung erforderlich.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Blumhardt, Haftung der Gemeinde aus Farrenhaltung. — Bornhak, Die Korporationsverfassung der Universitäten, VerwA. **18** 1 ff. — Degener, Die Rechtspersönlichkeit des St. Annen-Konvents der Stadt Braunschweig, BraunschwZ. **10** 10. — Hertz, Die Haftung des Reiches für das Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen, GruchotsBeitr. **55** 39 ff. — (Anonym) Korporationsrecht der Wasserversorgungsgruppen, WürttZ. **10** 146.

§ 89. 1. Wer ist juristische Person des öffentlichen Rechtes? **a)** SchlHolstAnz. **10** 186 (Kiel). Einem nach § 128 LandgemO. von mehreren Gemeinden gebildeten Zweckverbande stehen die Rechte einer juristischen Person nur auf Grund königlicher Genehmigung zu. **b)** BraunschwZ. **10** 173 (Bericht des OLG. Braunschweig). Die Pfarren (Patronatspfründen) sind als öffentlich-rechtliche Anstalten oder Stiftungen anzusehen. **c)** **RG.** BadRpr. **10** 77. Die Betriebskrankenkasse der badischen Staatseisenbahnen ist selbständiger Träger von Vermögensrechten, nicht bloß eine Verwaltungsabteilung der Eisenbahnverwaltung. **d)** BadRpr. **10** 222 (Karlsruhe). Der Erzbischöfliche Tisch der Diözese Freiburg ist ein mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Zweckvermögen, dessen Vertreter der Erzbischof selbst oder dessen Stellvertreter ist. **e)** SchlHolstAnz. **10** 101 (Kiel). Die Spar- und Leihkasse in Kiel ist keine juristische Person, sondern eine städtische Anstalt, deren Vorstand aber in Angelegenheiten der Kasse die Stadt zu vertreten befugt ist. **f)** NaumburgAK. **10** 60 (LG. Braunschweig). Eine Gemeindesparkasse hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern ist ein Zweig der Verwaltung des Gemeindevermögens.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. **a)** Vgl. § 31 Noten. **b)** **RG. 74** 23, JW. **10** 799, DJZ. **10** 1027, R. **10** Nr. 2773. Die Auffassung der Entsch. **RG. 70** 118 ff. (JDR. **8** Note 5 e), daß es nicht darauf ankomme, ob die Anstellung auf Grund einer organisatorischen Verwaltungsbestimmung oder nur durch einen einzelnen Beschluß von Magistrat und Stadtverordneten erfolgt sei, kann nicht aufrechterhalten werden, und es muß zu dem wahren Sinne der Entsch. **RG. 53** 277 ff. zurückgegriffen werden, wonach nur die durch ein Gesetz oder durch eine gleichwertige allgemeine (bei einer Stadt also statutarische) organisatorische Bestimmung vorgesehenen Beamten als verfassungsmäßige Vertreter zu gelten haben, soweit diese danach überhaupt Vertretungsgewalt Dritten gegenüber haben sollen. Ein durch besonderen Beschluß der städtischen Körperschaften angestellter städtischer Gasdirektor ist daher nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter. **c)** **RG. 74** 257, JW. **11** 27, 85 in Abänderung von SchlHolstAnz. **10** 345 (Kiel). Der Kanallotse im Kaiser-Wilhelms-Kanal (vgl. JDR. **8** Noten 5 a, 7 d) ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Reichsfiskus. Er ist überhaupt kein Vertreter, denn er hat nicht die Befugnis, den Reichsfiskus in Geschäften des bürgerlichen Verkehrs zu vertreten (vgl. § 31 Note 2 a). **d)** **RG.** R. **10** Nr. 1477. Die selbständigen Chefs der Eisenbahnbauinspektion und der Maschineninspektion, die für die betriebssichere Einrichtung eines Transformatorenhauses zu sorgen haben, sind insoweit verfassungsmäßige Vertreter des Eisenbahnfiskus. **e)** SeuffBl. **10** 721, R. **10** 3881 (Nürnberg). Batterie-, Abteilungs- und Regimentschefs sind nicht verfassungsmäßig berufene

Vertreter des Militärfiskus. **f)** RheinA. **107** 258 (Düsseldorf). Ein Bahnmeister ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Eisenbahnfiskus. **g)** **RG.** WarnE. **4** 3. Ist der Gemeindevorsteher von der Gemeinde persönlich gegen besonderes Entgelt als Badekommissar angestellt, so wird dadurch die Haftung der Gemeinde für ihn als ihren gesetzlichen Vertreter auch für diese Tätigkeit nicht ausgeschaltet. **h)** **RG.** Pr. VerwBl. **32** 154. Der Vorsteher der Abteilung für Unterhaltung von Bauten, einer Unterabteilung des städtischen Hochbauamts, der eine selbständige Stellung hat und dessen Geschäftskreis durch organisatorische Verwaltungsbestimmungen abgegrenzt war, ist verfassungsmäßig berufener Vertreter. **i)** SchlHolstAnz. **10** 170, SeuffA. **65** 227 (Kiel). Der Vorsitzende einer städtischen Hafen- und Brückenkommission, der auf Grund der Städteordnung die Verwaltung der Brückenangelegenheiten übertragen ist, ist verfassungsmäßig berufener Vertreter der Stadt. **k)** PosMSchr. **10** 36 (Posen). Ein städtischer Schlachthofinspektor, der die ständige an Ort und Stelle tätige Leitung eines Schlachthofs hat und sein Amt innerhalb seines Geschäftsbereichs selbständig ausübt, ist verfassungsmäßig berufener Vertreter. **l)** Entsch. JDR. **8** Note e auch WürttZ. **10** 63; JDR. **8** Note g auch GruchotsBeitr. **54** 129, BayRpflZ. **10** 37. **m)** **RG.** R. **10** Nr. 630. Nicht jeder zur Untersuchung eines Bauwerks von der Aufsichtsbehörde abgesandte Beamte ist deren Willensorgan. **n)** BayRpflZ. **10** 290, R. **10** Nr. 2772. Ein bayrischer Bezirksbaumeister ist verfassungsmäßig berufener Vertreter der Distriktsgemeinde.

3. Klagebegründung. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 4 c, **7** Note 5 h, **8** Note 6 b d, oben § 31 Note 4. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 2146. Hat in einem Gebäude, das als Sitz einer Gemeindeverwaltung dient, ein verkehrsgefährlicher Zustand der Treppe schon längere Zeit bestanden, so bedarf es, wenn sich infolgedessen ein Unfall ereignet hat, nicht der Bezeichnung eines bestimmten verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Gemeinde, der im einzelnen Falle für die Verkehrssicherheit verantwortlich gewesen ist. **c)** **RG.** SchlHolstAnz. **10** 39. Das Bestehen eines gefährlichen Zustandes des Kais kann die Erwägung rechtfertigen, daß dies nicht möglich ist, ohne daß einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter ein Verschulden trifft.

4. Einzelne Fälle der Haftung. **a)** **RG.** JW. **10** 38. Die Haftung des Eisenbahnfiskus für einen Unfall durch Überfahren nach §§ 31, 89 ist begründet, sofern der Bahnverwaltung entweder die Versäumung einer zur Verhütung von Gefahren gebotenen Sicherheitsvorkehrung oder eine schuldhafte Vernachlässigung der ihr obliegenden allgemeinen Aufsichtspflicht zur Last fällt. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 206 (Hamburg). Der Staat haftet für die Folgen der Nichteinfriedigung der Böschung eines von ihm dem Verkehr übergebenen Fahrwegs längs eines Kanals. **c)** **RG.** R. **10** Nr. 1. Die Stadtgemeinde haftet, wenn ihr Oberbürgermeister die mit dem Anzünden und Auslöschen der Lampen des städtischen Elektrizitätswerks beauftragten Polizeibeamten nicht über die ihnen drohenden Gefahren belehrt oder belehren läßt. **d)** SchlHolstAnz. **10** 170 (Kiel). Die landespolizeiliche Genehmigung eines Bauprojekts befreit die Stadtgemeinde nicht von der Verpflichtung, auch ihrerseits einer Gefährdung des dort verkehrenden Publikums vorzubeugen. Daher haftet sie für Schaden aus unterlassenen Vorkehrungen beim Umbau einer Pontonbrücke auch, wenn der Umbau, so wie er genehmigt war, ausgeführt worden ist. **e)** SächsRpflA. **10** 46 (Dresden). Die Stadtgemeinde haftet für den aus der Unterlassung von Schutzmaßregeln gegen den Einsturz einer Brandruine entstehenden Schaden. **f)** SchlHolstAnz. **10** 308 (Kiel). Es liegt keine verkehrsgefährdende Anlage des Schlachthauses darin, daß das Schlachthofgrundstück nicht mit einer festen Mauer umgeben ist. **g)** SchlHolstAnz. **10** 358 (Kiel). Die Gemeinde haftet, wenn sie auf einem Feldwege den Fahrdamm vom Fußsteige durch Setzen von Pfählen abgrenzt und nicht für genügende Beleuchtung sorgt, um die Pfähle auch bei Dunkelheit sichtbar zu machen. **h)** Blumhardt aaO. Bei Verabsäumung zweckdien-

licher Vorkehrungen kann die Gemeinde für Schaden durch Farren nach §§ 31, 89 haften.

5. **Die §§ 31, 89 und Art. 77 EGBGB.** a) Vgl. JDR. **1** Note 10, **2** Note 5 b, **3**, **4** Note 6, **5**, **6** Note 5, **7**, **8** Note 7. **b) RG. 71** 46 enthält eine Übersicht der Judikatur über den allgemeinen Unterschied zwischen fiskalischen Rechten und Hoheitsrechten. **c) RG. 72** 347, DJZ. **10** 369. Bei Übungsfahrten von Kriegsschiffen handelt es sich nicht um die Ausübung fiskalischer Rechte, sondern um die Ausübung von Hoheitsrechten. Darum haftet der preußische Staat nicht für den Schaden, der durch einen vor dem 1. Oktober 1909 (vgl. G. v. 1. August 1909) von dem Kommandanten eines Kriegsschiffs schuldhaft verursachten Zusammenstoß mit einem Kauffarteischiffe diesem Schiffe und dessen Ladung zugefügt worden ist. **d)** Hertz aaO. wendet sich gegen die Entsch. zu c. Es bedarf bei Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen überhaupt nicht der Untersuchung, ob der Schuldige ein verfassungsmäßig berufener Vertreter oder ein Angestellter ist. Denn die Haftung des Reichs ist nach Seehandelsrecht zu beurteilen. Die hiergegen vom RG. geäußerten Bedenken sind nicht zwingend. **e)** SeuffBl. **10** 721, R. **10** 3881. Verrichtungen der Militärbehörde, die darauf abzielen, das Publikum davor zu bewahren, einen bestimmten durch Schießübungen u. dergl. gefährdeten Bezirk zu betreten, gehören zur staatlichen Vermögensverwaltung. **f) RG.** GruchotsBeitr. **54** 985, WarnE. **3** 241, R. **10** Nr. 2147. Die Gemeinde haftet nicht für den Schaden aus sachwidrigen Anordnungen des Ortsvorstehers bei einem Brande. Dieser handelt dabei nicht in privatrechtlicher Vertretung des Kommunalverbandes, sondern als ausführendes Organ der Polizeiverwaltung. Auch in seiner etwaigen Funktion als Führer der Feuerwehr handelt er nur in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. **g)** SeuffA. **65** 353 (Rostock). Die Stadtgemeinde haftet privatrechtlich für den verkehrssicheren Zustand der Zugänge zur öffentlichen Volksschule. **h) RG.** WarnE. **3** 311. Die Gemeinde haftet, wenn ein Beamter Geld unterschlagen hat, das ein Privatmann ihm als Beamten zur Ablieferung an einen Dritten übergeben hat.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Literatur: Affolter, Der Fruchtbegriff. München 1910. — Binder, Vermögensrecht und Gegenstand, AbürgR. **34** 209—260.

§ 90. 1. Binder behandelt AbürgR. **34** 209 ff. den von Sohm (vgl. JDR. **4** Ziff. 1) geschaffenen Begriff des Gegenstandes. Er prüft seine früheren Erörterungen und die Gegenargumente Sohms (JDR. **7** Ziff. 2) im einzelnen nach. Er widerspricht von neuem der Behauptung Sohms, der Gegenstand bedeute den Verfügungsgegenstand (vgl. schon JDR. **5** Ziff. 1 b). Er meint, wenn das Ergebnis seiner Ausführungen richtig ist, daß es keine geldwerten Rechte gibt, die nicht Vermögensrechte sind, und keine Vermögensrechte ohne Geldwert gibt und daß die Veräußerlichkeit der Vermögensrechte eine Konsequenz, keine Voraussetzung der Vermögensqualität der Rechte ist, dann müsse Sohms Angriff auf die herrschende Lehre als in jedem Punkte zurückgewiesen betrachtet werden.

2. Über die Stellung der öffentlichen Sachen im Systeme des Privatrechts vgl. *Moll, GruchotsBeitr. **54** 313 ff.; unten EGBGB. zu Art. 65.

§ 93. RG. DJZ. **10** 1353. § 93 ist auf Straßen und Wege nicht anwendbar, die durch Ziehen von Grenzlinien jederzeit in verschiedene Teile zerlegt werden können, ohne daß ihr Wesen geändert wird.

§§ 93, 94. I. Stern, DJZ. **10** 471 f. Wenn ein Grundstückseigentümer ein Gebäude in der Weise errichtet, daß ein Teil der einen Giebelmauer auf ein benachbartes Grundstück zu stehen kommt, so ist für das Eigentum an der Grenzmauer ein vertikal durch die Mauer geführter und in der Grenzlinie des Grundstücks ver-

laufender Schnitt entscheidend. Der auf das Grundstück des Nachbars gebaute Mauerteil ist gemäß § 94 Abs. 1 wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks geworden (ebenso RheinA. **101** 222, anders **RG. 61** 192).

II. Aus der Praxis. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile? (JDR. **6, 7, 8** Ziff. II 1). a) **RG.** 27. 9. 10, R. **10** Nr. 3699. Eine Maschinenanlage (Lokomobile) ist wesentlicher Bestandteil des Fabrikgrundstücks, wenn das Gebäude, in welchem sie untergebracht ist, für sie besonders baulich eingerichtet worden ist und die Maschinenanlage mit dem Gebäude in eine derartige feste Verbindung gebracht ist, daß eine Lösung nur nach Zerstörung eines Teiles des Fundaments möglich ist. Unerheblich ist, ob für den Fall des Versagens der Lokomobile der von früher her bestehende Wasserkraftbetrieb jederzeit wieder aufgenommen werden kann. **b) RG.** 12. 1. 10, JW. **10** 182. Die in einem Sägereianwesen befindliche Lokomobile, die in einem zum Zwecke ihrer Aufnahme besonders hergerichteten Anbau eines Schuppens auf zementiertem Boden steht, mit 8 Steinschrauben befestigt ist und Speisewasser aus einer im Boden angelegten, mit der städtischen Wasserleitung verbundenen Zisterne empfängt, ist kein wesentlicher Bestandteil des Sägereigebäudes. **c)** FrankfRundsch. **43** 192 ff. (KG.). Eine Maschine ist dann Bestandteil eines Gebäudes, wenn sie derartig in dieses aufgegangen ist, daß sie mit ihm eine Sache bildet. Dabei kommt es lediglich auf das Fabrikgebäude als Gebäude zu Fabrikzwecken an, von dem Fabrikunternehmen ist dabei ganz abzusehen, also auch von der Bedeutung der einzelnen Maschinen für den Betrieb. **d)** R. **10** Nr. 1702 (Rostock). Die Betriebsmaschinen einer Tischlerei, die in dem Werkstattgebäude derartig angebracht sind, daß sie durch Lösung der Schrauben ohne Beschädigung entfernt werden können, sind nur dann Bestandteile des Gebäudes, wenn die Zusammengehörigkeit mit ihm durch ihre Eigenart oder durch die individuelle Beschaffenheit des Gebäudes in die Erscheinung tritt.

2. KGBl. **10** 5 (KG.). Ein Rohrbrunnen, der tief im Erdboden sitzt, ist als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks anzusehen, da seine Verbindung mit dem Grund und Boden eine feste ist.

§ 94. 1. KGBl. **10** 28, OLG. **22** 120. (KG.). Fensterflügel sind von dem Augenblick an als wesentliche Bestandteile eines Hauses gemäß § 94 Abs. 2 anzusehen, in dem sie zum Zwecke des Anschlagens zum erstenmal in die Fensterrahmen eingepaßt und beim Anschlagen eingehängt worden sind. Denn von diesem Zeitpunkt an steht ihre Einfügung in das Gebäude fest.

2. R. **10** Nr. 2774 (Rostock). Eine feste Landungsbrücke, die auf Grund einer widerruflichen Einwilligung des Eigentümers des Ufergrundstücks für den Verkehr nach einer in der Nähe belegenen Gastwirtschaft errichtet ist, wird nur dann nicht wesentlicher Bestandteil jenes Grundstücks, wenn die Verbindung tatsächlich nur als eine vorübergehende beabsichtigt war.

3. KGJ. **39** B 80 ff. (KG.). Die auf dem Erbbaugrundstücke von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerke sind, wenn sie mit dem Erbbaurechte fest verbunden sind, wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts, denn der § 95 Abs. 1 Satz 2 findet keine Anwendung, da der Erbbauberechtigte solche Gebäude nicht in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke mit diesem Grundstücke verbindet, sondern in Ausübung seines Erbbaurechts mit diesem Rechte (91).

§ 96. Apothekengerechtigkeit (JDR. **2, 3** u. **6** Ziff. 2). PrOVG. **54** 23 ff. Ist ein als veräußerliches und vererbliches Recht verliehenes Apothekenprivilegium mit einem bestimmten Grundstück als Realpertinenz verbunden worden, so gilt es nach § 96 als Bestandteil des Grundstücks.

§ 97. 1. Maschinen (vgl. zunächst oben Ziff. II 1 zu §§ 93, 94). BayObLG. **10** 466. Maschinen, die nur, um ihnen einen festen Stand zu verschaffen, lose mit einem Fabrikgebäude verbunden sind, so daß die Verbindung ohne Beschädigung

der Maschinen oder des Gebäudes gelöst werden kann, sind nicht Bestandteile, sondern Zubehör des Fabrikgebäudes.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1213. Fässer und Flaschen, die sich in nicht übermäßiger Zahl in einem Hotel mit Weinrestaurant befinden, sind als Zubehör des Hotelgrundstücks anzusehen. Hierbei ist es für die Zubehöreigenschaft ausreichend, daß die Sachen auch nur mittelbar dem wirtschaftlichen Betriebe des Hotels zu dienen bestimmt sind.

3. **RG.** JW. **10** 466, Gruchots Beitr. **54** 881. Bei Kirchengebäuden fallen solche Nebensachen, die für die gottesdienstlichen Zwecke der Kirche bestimmt und zu diesem Zwecke in ein entsprechendes räumliches Verhältnis zu ihr gebracht sind, gleichfalls unter den Begriff des Zubehörs.

4. a) SeuffA. **65** 305, OLG. **22** 123 (Rostock). Mehlvorräte, die sich auf einem für einen Bäckereibetrieb dauernd eingerichteten Grundstücke befinden, sind nicht Zubehör desselben. b) SeuffA. **65** 305, OLG **22** 124 (Rostock). Die auf einem Hotelgrundstücke befindlichen Vorräte an Konsumtibilien (z. B. Wein, Zigarren usw.) sind jedenfalls insoweit, als sie für die gegenwärtigen Bedürfnisse des Hotelbetriebs nicht erforderlich sind, nicht Zubehör des Grundstücks. c) R. **10** Nr. 1321 (Naumburg). Die Pferde eines Landwirts sind nicht Zubehör eines von ihm gepachteten einzelnen Grundstücks.

5. **RG.** 15. 6. 10, BayRpflZ. **10** 404. Wenn zwei Grundstücke (Restauration und Garten) einheitlich bewirtschaftet werden, so können Zubehör des Grundstücks, das den Mittelpunkt des Ganzen bildet, auch Sachen sein, die sich auf dem anderen Grundstücke befinden.

6. Vorübergehende Benutzung (JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1 a, **4** Ziff. 4, **5** u. **7** Ziff. 3, **8** Ziff. 6). HansGZ. **10** Beibl. 115 f., R. **10** Nr. 1704 (Hamburg). Auch ein Geldschrank kann wie andere Möbelstücke dazu bestimmt sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen, und er ist dann, wenn er zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse steht, Zubehör. Aber das ist nicht die Regel. Vielmehr ist nach den Erfahrungen des täglichen Lebens davon auszugehen, daß solche Sachen nach Absicht des Einbringers nicht dauernd dem Zwecke des Raumes dienen, einerlei, wer dessen Besitzer ist, sondern nur so lange, als er dessen Besitzer, Eigentümer, Mieter oder was sonst ist.

§ 98. Nr. 1. a) SeuffBl. **10** 583 (Dresden). Bei einem sich auf mehrere Grundstücke erstreckenden Gewerbebetriebe sind Zubehör dieser Grundstücke nur immer diejenigen Inventarstücke, die sich auf dem betreffenden Grundstücke befinden. Daß der Gewerbebetrieb ein einheitlicher ist, und daß die Geschäftsleitung von einem Grundstück aus erfolgt, ändert hieran nichts. b) SchlHolstAnz. **10** 150 f. (Kiel). In kleineren Städten werden einmal zu bestimmten gewerblichen Zwecken hergerichtete Räume auch dauernd zu diesen Zwecken benutzt und deshalb von vornherein mit passenden Einrichtungen versehen, die dem Hauptgrundstück als solchem, nicht nur dem jeweiligen Ladeninhaber zugute kommen sollen. In solchen Orten wird man deshalb auch eine für die Zwecke eines bestimmten Geschäfts angeschaffte Ladeneinrichtung, zumal wenn sie von dem Grundstückseigentümer ursprünglich für sein eigenes Geschäft bestellt worden ist, als Zubehör des betreffenden Hauses ansehen müssen.

§ 99. *Affolter, Das Fruchtrecht. Der Gegensatz zwischen Früchten eines Rechtes (§ 99 Abs. 2) und Früchten einer Sache (§ 99 Abs. 1) muß überbrückt werden, um zu einem einheitlichen Fruchtbegriffe zu gelangen. Dies geschieht dadurch, daß im § 99 Abs. 1 statt „Früchte einer Sache" „Früchte des Eigentums" zu setzen ist. Früchte eines Rechtes können aber niemals körperliche Realitäten sein, wie § 99 Abs. 2 behauptet [gewonnene Bodenbestandteile], sondern nur Rechte, was das Gesetz selber in mehreren Vorschriften anerkennt [z. B. in §§ 1813 Nr. 6, 1126, 571 Abs. 1, 575, 576]. Da der Fruchtbegriff nur bei einer Mehrheit von Fruchtinteressenten

von privatrechtlicher Bedeutung ist, so stellen sich diese Rechte immer als Ansprüche dar. Auch die Früchte des Eigentums sind die Ansprüche aus dem Eigentum an den Erzeugnissen der Sache und der sonstigen Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird. So ergibt sich ein einheitlicher Fruchtbegriff: Früchte sind die aus den Stammrechten mit oder ohne vermittelndes Rechtsverhältnis [§ 99 Abs. 3] bestimmungsgemäß hervorgehenden Ansprüche.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Frese, Der Querulant und seine Entmündigung, ZBlFG. **11** 71—77. — Klein, Inwieweit sind die Vorschriften über Stellvertretung auf die „Rechtshandlungen im engeren Sinne" analog anwendbar? ÖstZBl. **28** 465—484, 553—566, 642—654, 705—727. — Derselbe, Die „Rechtshandlungen im engeren Sinne" im Entwurf eines Ungarischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Erste Fassung), ÖstZBl. **28** 991—1001 u. SeuffBl. **11** 116 ff. — Derselbe, Zwei Beiträge zur Lehre von den „Rechtshandlungen im engeren Sinne", ÖstZBl. **29** 97—102.

§§ 104 ff. 1. *Klein, ÖstZBl. **28** 991—1001, stellt die sämtlichen Rechtshandlungen im engeren Sinne des Ungarischen Entwurfs in Gruppen zusammen und erörtert die Frage, ob die im Ung. Entwurfe getroffene Regelung der Rechtshandlungen im engeren Sinne Beifall verdient, oder ob es sich empfiehlt, im künftigen Gesetz eine ausführlichere und allgemeine Regelung der Rechtshandlungen im engeren Sinne aufzustellen. Seine Untersuchungen ziehen das deutsche Recht heran. Vgl. auch aaO. 465—484, 553—566, 642—654, 705—727.

2. Das Treuhandgeschäft. *Schönn, ABürgR. **35** 291 ff. Das Treuhandgeschäft ist ein aus Leistung und Grundgeschäft zusammengesetztes Rechtsgeschäft mit der Eigentümlichkeit, daß das Grundgeschäft, die causa fiduciae, zu gleicher Zeit die übertragene „Rechtsmacht" des Treuhänders begründet, sie aber auch begrenzt und eine Rückgabepflicht begründet. Die Treuhandgeschäfte unterscheiden sich von den gesetzlich normierten Treuhänderschaften vor allem dadurch, daß es dem Parteibelieben entzogen ist, die dingliche Rechtsmacht des Treuhänders seinen Aufgaben und Pflichten vollkommen anzupassen. Einen Weg hierzu bietet die Bedingung und Vormerkung (Rückfall der Rechtsmacht bei Konkurs oder Treubruch). Der durch Treuhandgeschäft bestellte Treuhänder, der pflichtwidrig über eine ihm übereignete Sache verfügt, kann auch dann nicht wegen Unterschlagung bestraft werden, wenn ihm die Sache unter der Bedingung übereignet war, daß sie beim Treubruche wieder Eigentum des Treugebers werde; die Sache muß bei Begehung der Tat für den Treuhänder „fremd" sein; es genügt nicht, daß sie durch seine Handlung fremd wird. A. M. Schultze, Treuhänder, JheringsJ. **43** 24.

3. *Klein, SeuffBl. **11** 116 ff. Eine Rechtshandlung im engeren Sinne kann niemals dadurch, daß der in ihr erhebliche Wille erklärt wird, zur Willenserklärung (zum Rechtsgeschäfte) werden. Sie kann auch nicht den Typus einer anderen Rechtshandlung im engeren Sinne annehmen.

§ 104. 1. *Schwarz, ABürgR. **35** 26 ff. Handlungsfähigkeit heißt Fähigkeit zur Besorgung (= Vertretung) eines Rechtszwecks. Der Unterschied zwischen handlungsfähigen und handlungsunfähigen Menschen ist dieser: jene sind rechtlich anerkannte Zweckbesorger, diese sind es nicht. Die Zweckbesorger sind entweder die Zweckbenefiziaten selber (so der normale reife Mensch für seine Lebenszwecke, die Gesellschafter für den Gesellschaftszweck, die Mitglieder des egoistischen Vereins) oder solche Menschen, die nicht zugleich Benefiziaten der von ihnen vertretenen Zwecke sind (so die Vertreter Unmündiger und Entmündigter, die Verwalter altruistischer Stiftungen, die Mitglieder altruistischer Vereine, die Vertreter der Gemeinwesen). Es handelt jemand in „eigenem Namen", wenn er als Vertreter des Zweckes

handelt, dessen Benefiziat er ist; es handelt jemand in „fremdem Namen", wenn er als Vertreter eines Zweckes handelt, dessen Benefiziat er nicht ist. Vertreter sind immer Menschen; berechtigt sind immer Zwecke.

2. Nr. 2. a) Frese, Der Querulant und seine Entmündigung, ZBlFG. **11** 71 ff. Die Willenserklärungen des nicht entmündigten Querulanten sind insoweit nichtig, als sie sich auf Angelegenheiten beziehen, bezüglich deren seine freie Willensbestimmung durch den ihn beherrschenden Querulantenwahn ausgeschlossen ist (75). Ist es ausnahmsweise einmal im Interesse eines Querulanten geboten, ihn zu entmündigen, so muß das unbedingt mit der Wirkung geschehen, daß er gänzlich aus dem rechtlichen Leben ausgeschaltet wird, und das ist nur durch eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit möglich. b) R. **10** Nr. 1905 (BayObLG.). Das Vorhandensein von Geistesschwäche begründet für sich allein insolange keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, als der Geistesschwache nicht unter Vormundschaft gestellt oder entmündigt ist. Willenserklärungen eines Geistesschwachen sind aber, auch wenn er nicht entmündigt oder bevormundet ist, rechtsunwirksam, sofern durch die Geistesschwäche die freie Willensbestimmung dauernd ausgeschlossen war. c) **RG.** 4. 6. 09, JDR. **8** Ziff. 2, auch SeuffBl. **10** 174.

§ 105. Vorübergehende Störung der Geistestätigkeit (vgl. auch **RG. 74** 110 unten zu § 1325). HessRspr. **11** 35 f. (Darmstadt). Eine vorübergehende Störung der Geistestätigkeit liegt schon dann vor, wenn infolge von krankhaften Zuständen bestimmte Vorstellungen und Empfindungen oder Einflüsse Dritter derart übermäßig den Willen einer Person beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist (vgl. **RG.** JW. **08** 323, JDR. **7** Ziff. 1 zu § 104). Der Betreffende ist in derartigen Fällen vorübergehenden Irreseins nicht der logischen und vernünftigen Überlegung beraubt, er denkt nicht inhaltlich falsch, aber er wird von seinen Stimmungen derart überwältigt, daß ihm gegen sie die Widerstandskraft besonnener Überlegung fehlt, seine Handlungsweise entbehrt der Sicherheit und Zuverlässigkeit, wie sie dem vernünftig handelnden Menschen zukommt; seine Willensbestimmung ist in bezug auf das vollzogene Rechtsgeschäft ausgeschlossen. Derartige Störungen der Geistestätigkeit, die immer eine gewisse Dauer voraussetzen, aber heilbar sind, pflegen beispielsweise einzutreten bei hysterischen und neurasthenischen Krankheiten, bei Epilepsie, schwerer Trunkenheit und vor allem auch nach Vergiftungsversuchen.

§ 106. 1. *Rohde, ZBlFG. **11** 58 ff. Die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehefrau hat eine erweiterte Geschäftsfähigkeit außerhalb des Gebiets des Vermögensrechts (Mot. **1** 60), insbesondere in ehelichen Angelegenheiten: Prozeßfähigkeit in Ehesachen (§ 612 ZPO.), Anfechtung der Ehe (§ 1336 BGB.), Einwilligung zur Annahme oder Ehelicherklärung eines Kindes durch den Ehemann (§§ 1729 Abs. 3, 1748 Abs. 2), Anträge beim Vormundschaftsgericht in Angelegenheiten, welche die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander betreffen (§ 45 FGG., §§ 1357 Abs. 2, 1358 Abs. 2 BGB.).

2. Vgl. auch Jacobsohn unten zu § 177.

§ 108. Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 95. Die Genehmigung des Verkaufs einer Sache ist unwirksam, wenn zur Zeit ihrer Erteilung die verkaufte Sache bereits untergegangen war. Die Genehmigung kann trotz ihrer rückwirkenden Kraft nach Wegfall des Vertragsobjekts ebensowenig wie jede Suspensivbedingung wirken; denn Voraussetzung für die Ausübung ihrer rückwirkenden Kraft ist, daß sie überhaupt zur Wirksamkeit gelangt, was durch den Wegfall des Vertragsobjekts ausgeschlossen wird.

§ 110. RG. 29. 9. 10, **74** 235, JW. **10** 933 f. § 110 enthält keine Ausnahme von dem Grundsatze des § 107, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetz-

lichen Vertreters bedarf. Er gestattet nur, der Sitte und dem Verkehrsbedürfnisse Rechnung tragend, daß diese Einwilligung durch Überlassung gewisser Mittel an den Minderjährigen vom Vertreter im allgemeinen erklärt wird und läßt das vom Minderjährigen geschlossene Geschäft auch ohne besondere Zustimmung sowohl nach der dinglichen wie nach der schuldrechtlichen Seite von Anfang an wirksam werden, wenn es demnächst vom Minderjährigen aus den überlassenen Mitteln erfüllt wird. Das wesentliche bleibt also auch in den Fällen des § 110 die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§§ 112, 113. Caspers, DJZ. **10** 964. Minderjährigen von 7—16 Jahren kann auch in den Fällen der §§ 112, 113 BGB. ein Parteieid nicht zugeschoben werden. Da § 473 ZPO. auf den richterlichen Eid Anwendung findet (§ 477 ZPO.), so gilt für den richterlichen Eid dasselbe. Vgl. Hagemann, DJZ. **10** 534.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: Über eine große Anzahl umfangreicherer theoretischer Abhandlungen war in diesem Jahre zu berichten. Besonders sei auf die an verschiedenen Stellen dieses Titels sich findenden Selbstberichte von Hölder, Titze, Henle und Jacobsohn verwiesen. Einen praktisch sehr wichtigen Fall behandelt Bischofswerder (vgl. Ziff. 1 zu § 125). Wenn in einem schriftlichen Vertrage gesagt ist, daß abändernde oder ergänzende Zusätze zu diesem Vertrage nur in schriftlicher Form gültig sein sollen, so wird dadurch, daß die Parteien lediglich den Inhalt formlos abändern, das Erfordernis der Schriftform noch nicht beseitigt. Soll eine solche Vereinbarung des Erfordernisses der Schriftlichkeit nicht zu einer tatsächlich bedeutungslosen Klausel herabsinken, so darf nur unter ganz besonderen Voraussetzungen angenommen werden, daß die Parteien zugleich mit dieser Abänderung für diesen Einzelfall die Abrede der Schriftform haben aufheben wollen. — Gegenüber dem so häufig vorkommenden Einwande einer Partei, sie habe eine von ihr unterschriebene Urkunde vorher nicht durchgelesen, hat das OLG. Hamburg (s. u. § 119 Ziff. II A 4 a) mit Recht ausgeführt, ein Irrtum der Partei könne nicht in Frage kommen, weil sie auf alle Fälle habe erklären wollen, was in der Urkunde steht. Hoffentlich wirkt diese Entscheidung auf das Publikum in gewissem Sinne erzieherisch. — Auf eine wichtige Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate sei noch hingewiesen. Der I. Zivilsenat hatte sich bereits am 21. 12. 01 (vgl. **50** 54) dahin ausgesprochen, daß der Vorschrift des § 126 Abs. 1 BGB. genügt sei, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform der bevollmächtigte Vertreter ausschließlich mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. Nachdem der VI. Zivilsenat hiergegen Konflikt erhoben hatte, hat sich das Plenum der Zivilsenate der Ansicht des I. Senats angeschlossen. Das Erfordernis der „eigenhändigen Namensunterschrift" ist erfüllt, wenn die Urkunde mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet ist (vgl. u. § 126 Ziff. 3 a).

Literatur: Bollenbeck, Sicherungsübereignung, DNotV. **10** 169—194. — Max Breit, Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach d. BGB., GruchotsBeitr. **55** 1—31. — du Chesne, Zur Auslegung von Willenserklärungen, DNotV. **10** 541—549. — Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910. — Herzog, Zum Begriffe der guten Sitten im BGB. Breslau 1910. — Hillebrandt, Die Eigenschaften der Person oder Sache. Breslau 1910 (Heft 33 der Leonhardschen Studien zur Erläuterung des bürg. Rechtes. — Hölder, Die ungewollte Willenserklärung, BayRpflZ. **10** 1—4. — Derselbe, Willenstheorie und Erklärungstheorie, JheringsJ. **58** 101—145. — Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen. München 1910 (Bd. 2 Heft 2 der Fischerschen Abhandlung zum Privatrecht u. Zivilprozeß). — Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329—411. — Josef, Willensmängel bei der Vaterschaftsanerkennung durch den unehelichen Erzeuger, AbürgR. **34** 282—290. — Derselbe, Vollmacht zur Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung und mechanische Schreibhilfe, RheinZ. **3** 28—37. — Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbote (Festgabe für K. Güterbock). Berlin 1910. — Oehl, Über die Unterschriftsbeglaubigung, BayNotZ. **10** 1—19. — Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung, JheringsJ. **58** 156—174.

— Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Berlin 1910. — Rud. Schmidt, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kaufe im Verhältnisse zueinander (Bonner Diss. 1910). — Schöny, Treuhandgeschäfte, AbürgR. **35** 291—355. — Titze, Die Lehre vom Mißverständnisse. Berlin 1910. — Voß, Die Wechselbeziehungen zwischen Schuldanfechtungsrecht und Veräußerungsverbot, LeipzZ. **10** 520—530. — Derselbe, Die Anfechtbarkeit von Blanketterklärungen wegen mißbräuchlicher Ausfüllung nach dem Rechte des BGB., JheringsJ. **56** 412—468.

§§ 116 ff. 1. Begriff der stillschweigenden Willenserklärung. *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 329 ff. Wie im gemeinen Rechte ist auch heute eine genaue Begriffsbestimmung der stillschweigenden Willenserklärung wissenschaftlich nicht möglich und praktisch nicht zweckmäßig. Aus den in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen läßt sich nur soviel entnehmen, daß das Gesetz bei bestimmten Erklärungen, die es als ungewöhnlich ansieht oder die für den Empfänger eine besonders schwerwiegende Bedeutung haben, eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Deutlichkeit der Erklärung verlangt (334). Im übrigen finden sich, wie bereits Ehrlich dargetan hat, unter dem Sammelnamen der stillschweigenden Willenserklärung eine Reihe verschiedenartiger Erscheinungen vereinigt, die zum Teil auch verschiedener Behandlung unterliegen. Insbesondere bedürfen die Fälle des § 151 BGB. der selbständigen Betrachtung (337).

2. Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen. **a)** *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 391 ff. (vgl. auch Henle, unten Ziff. 4). Verfehlt ist die herrschende Anschauung, es gebe Willenserklärungen, die überhaupt nicht einem anderen gegenüber abzugeben seien. Wohl kann eine Willenserklärung auch an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet werden; aber auch dann ist sie „einem anderen gegenüber" abzugeben. Als Willenserklärung kann nur ein Verhalten gelten, das sich an einen anderen wendet oder doch zu wenden scheint, also als Grundlage für dessen Vertrauen zu dienen geeignet ist. Jede Willenserklärung ist richtungsbedürftig. Nur auf Tatbestände, die diesem Erfordernisse genügen, finden die Normen des BGB. über Willenserklärungen Anwendung. — Nicht zu verwechseln mit dem Erfordernisse der Richtungsbedürftigkeit ist das der Empfangsbedürftigkeit. Jenes bedeutet, daß die Erklärung durch die Tätigkeit des Absenders aus dessen Bereiche heraus auf den Weg zum Empfänger gebracht werden muß; dieses, daß sie darüber hinaus in den Bereich des Absenders gelangen, d. h. diesem zugehen muß. Dies ist gemäß § 130 BGB. in der Regel erforderlich, damit die Erklärung wirksam werde. Ausnahmsweise, so beim Testament und bei der Stiftung, begnügt sich aber das Recht mit der Abgabe der Erklärung, damit der Wille des Erklärenden leichter zur Durchführung gelange. Hier ist die Erklärung zwar richtungs-, aber nicht empfangsbedürftig. Der Unterschied zwischen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen besteht also, und es knüpfen sich an ihn auch weitere Folgen (gegen Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 314 ff.). Ob eine Willenserklärung nach der Absicht des Gesetzes nicht empfangsbedürftig ist, ist für jeden einzelnen Fall besonders zu untersuchen; der Ausdruck im § 130 BGB., daß solche Willenserklärungen nicht „einem anderen gegenüber" abzugeben seien, ist irrig (394 ff.) (vgl. auch Manigk, JDR. **6** Ziff. I 1). **b)** Die in neuerer Zeit mehrfach bekämpfte Unterscheidung von empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Erklärungen ist durchaus aufrechtzuhalten. Sie ist durch die Natur der Sache gegeben und liegt dem Gesetzbuche zweifellos zugrunde. Über das Wesen und die Abgrenzung der Unterscheidung vgl. *Titze, Lehre vom Mißverständnis 23 ff.

3. Willenserklärung und Willensgeschäft. **a)** Jacobsohn, JheringsJ. **56** 391 ff. Dem Erfordernisse der Richtungsbedürftigkeit genügen auch die Regelfälle der als „stillschweigende Willenserklärung" zusammengefaßten Tatbestände. Indes gibt es Ausnahmen. Zu nennen sind hier vor allem die Fälle,

in denen nach § 151 BGB. ein Vertrag zustande kommt, ohne eine dem anderen Teile erklärte Annahme. Die Annahme vollzieht sich hier dadurch, daß der Antragsempfänger innerhalb seines Lebenskreises irgendwie den Willen verwirklicht, den angebotenen Vertrag abzuschließen. Sein Verhalten, durch das der Vertrag zustande kommt, braucht sich nicht an den anderen Teil zu wenden, ist also auch nicht geeignet, in diesem ein berechtigtes Vertrauen auf einen ihm kundgegebenen Willen zu erzeugen. Eine Willenserklärung liegt nicht vor; man mag zur Bezeichnung des Unterschieds hier mit Manigk von „Willensgeschäften" sprechen. Die Normen des BGB. über Willensmängel sind auf solche Fälle nicht anzuwenden, auch nicht analog, da deren Regelung gerade auf dem im Empfänger erweckten Vertrauen beruht (399 ff.). b) *Titze, Lehre vom Mißverständnis 25 Anm. 7. Das Gesetzbuch versteht unter Erklärung jedes Verhalten einer Person, durch welches der rechtsgeschäftliche Wille in die Erscheinung tritt und damit für die Außenwelt erkennbar wird. Daß das Verhalten von einem Kundgebungszweck getragen wird, also zum Zwecke der Willensoffenbarung vorgenommen wird, ist für den gesetzlichen Erklärungsbegriff ebensowenig erforderlich, wie daß es einem anderen gegenüber beobachtet wird. Vielmehr stellt das BGB. diese beiden Erfordernisse nur für bestimmte Arten von Erklärungen, nämlich nur für die sog. empfangsbedürftigen Erklärungen auf. Ein Unterscheidung von Willenserklärung und Willensäußerung oder Willenserklärung und Willensgeschäft ist dem BGB fremd.

4. *Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie. Eine (empfangsbedürftige) Willenserklärung im Sinne des BGB. liegt vor, wenn ein äußerer Tatbestand (die gesetzten Zeichen) („Erklärungsergebnis"), der durch eine gewollte („Handlungswille") Handlung (Tun oder Unterlassen) des Erklärenden verursacht ist, Erklärungscharakter hat, d. h. den Sinn ergibt, daß der Erklärende einen Rechtserfolg (290) hiermit herbeiführe (350). Ein äußerer Tatbestand ergibt diesen Sinn dann, wenn dem Erklärungsempfänger zugänglich (225) ist: 1. das Erklärungsergebnis a) als vom Erklärenden mit Handlungswillen verursacht, b) als ➛ unter Berücksichtigung der Umstände in der zu § 122 Abs. 2 BGB. angegebenen Begrenzung ➛ einen dem Erklärenden bekannten abstrakten Sinn ergebend, 2. ein Bewußtsein des Erklärenden von der Zugänglichkeit der unter 1 verzeichneten Elemente (225). — Vollwirksam ist die Willenserklärung grundsätzlich nur, wenn zu dem Handlungswillen hinzutritt das Bewußtsein des Erklärenden vom Sinne der Erklärung. Hat er dieses Bewußtsein nicht, aber immerhin das Bewußtsein, daß es sich um eine juristische Willenserklärung handelt, so ist grundsätzlich die Willenserklärung vorbehaltlich der Anfechtung wirksam. Hat er nicht einmal dieses Bewußtsein, so ist die Willenserklärung nichtig und hat rechtliche Bedeutung nur als gemäß § 122 zu Schadensersatz verpflichtend (530). — Über ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung s. unten § 700 Abs. 2.

5. a) Jacobi 3 ff. Grundsätzlich bedarf es zur Wirksamkeit der Willenserklärung eines Willens. Erforderlich ist der Wille, die Erklärungshandlung vorzunehmen. Damit muß die Vorstellung verbunden sein, daß durch die Handlung im Anerklärten die Vorstellung einer Rechtsänderungsabsicht des Erklärenden vorhanden sei und er hierauf vertrauen könne. Also nicht nötig ist die Absicht auf Erreichung eines Rechtserfolges. — Das Bewußtsein des Erklärenden muß bei der Erklärung darauf gerichtet sein, daß die Vorstellung des Anerklärten sich darauf richte, der Erklärende beabsichtige eine Veränderung der Rechte, nicht bloß wirtschaftliche Erfolge. Doch kann der Staat auch an einem Versprechen, das nur als moralisch bindend gedacht ist, ein eigenes Interesse nehmen und es zu einem rechtlich bindenden machen. Der Wille, sich nach den Grundsätzen des Rechtes zu binden, liegt auch schon dann vor, wenn der Erklärende dabei nur an ein in seiner Vorstellung erwünschtes Recht gedacht hat, selbst wenn er an dessen wirkliches Bestehen nicht glaubte. b) Jacobi

72 ff. Unverläßliche Willenserklärungen sind solche, mit denen der Äußernde entweder keine Vorstellung bei einem anderen erwecken wollte oder dies zwar beabsichtigte, damit aber nicht den ferneren Willen verband, auch die Vorstellung einer Normsetzung, die für den Gegner Vertrauensgrundlage werden sollte, hervorzurufen. Im Gegensatze hierzu stehen die Willenserklärungen, die die Vorstellung der Rechtsverminderung und das Vertrauen hierauf erwecken sollen, die verläßlichen. Die ersten können solche mit oder ohne Kundgebungszweck sein. Unverläßliche Willenserklärungen mit Kundgebungszweck müssen den Zweck der Erregung einer Vorstellung über eine beabsichtigte Rechtsänderung, unverläßliche ohne Kundgebungszweck müssen den Zweck einer Rechtsveränderung verfolgen. Es genügt aber auch hier, daß der Erklärende statt der Rechtsänderung (oder der Vorstellung hiervon) eine Veränderung der tatsächlichen Umstände (oder eine Vorstellung hiervon) hervorrufen will, wenn er die Rechtsänderung irrig für unerreichbar hält. — Besonderheiten über die unverläßlichen Willenserklärungen ohne Kundgebungszweck vgl. 90 ff.

6. **a)** *Hölder, JheringsJ. **58** 113. Die §§ 116 u. 118 gehen davon aus, daß es im Begriffe der Willenserklärung liegt, gewollt zu sein. Die Willenserklärungen der §§ 119 u. 120 sind aber ungewollte. Und sie sind nicht schon deshalb anfechtbar, weil sie nicht gewollt waren, können vielmehr trotzdem unanfechtbar sein. **b)** Hölder, BayRpflZ. **10** 1 ff., führt im Anschluß an seinen Aufsatz in JheringsJ. **55** 413 ff. (JDR. **8** zu den §§ 116 ff.) und an Schloßmanns Ausführungen über Willenserklärung und Rechtsgeschäft (JDR. 7 zu den §§ 116 ff.) aus: Wenn es möglich ist, daß meine Willenserklärung anstatt des von mir angenommenen zu meinen Gunsten gereichenden Inhalts einen anderen zu meinen Ungunsten gereichenden Inhalt hat, so ist nicht abzusehen, warum mein Verhalten eine Willenserklärung von solchem Inhalte denn nicht sollte sein können, wenn es für mein Bewußtsein überhaupt keine Willenserklärung war. Nur das ist erforderlich, daß ich nach meinem Geisteszustande hätte an die Eigenschaft meines Verhaltens denken und, wenn sie meinem Willen zuwiderlief, es hätte vermeiden können.

7. *du Chesne, DNotV. **10** 541 ff. Willenserklärungen von Todes wegen und solche, die der Befriedigung eines ethischen Bedürfnisses des Erklärenden dienen, sind weitherziger, nötigenfalls sogar ergänzend, Willenserklärungen unter Lebenden und solche, die der Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse des Erklärenden dienen, enger, unter Beschränkung auf den wirklichen Willen, auszulegen.

8. **a)** Über den Gegensatz von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung vgl. ausführlich *Titze, Mißverständnis 46—62. **b)** Über die Frage, inwieweit es der Erklärungsgültigkeit schadet, wenn außergewöhnliche Erklärungsmittel (fremde Sprache, fremde Schriftzeichen 2c.) verwendet werden, oder wenn die Erklärung an vernehmungsunfähige Personen (Blinde, Taube 2c.) gerichtet wird, vgl. *Titze, Mißverständnis 62—73. — Über die Frage, wie weit eine Willenserklärung, um gültig zu sein, deutlich sein muß, vgl. *Titze 74—83.

§ 116. 1. *Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie. Der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen („eigentliche" Mentalreservation) ist die auf — bei vorhandenem Handlungswillen und Sinnbewußtsein — mangelnden Willen gebaute Hoffnung, der Rechtserfolg werde infolge des Willensmangels nicht eintreten (47). § 116 Satz 1 ist aber analog anzuwenden auf alle anderen Fälle von bei vorhandenem Handlungswillen und Sinnbewußtsein mangelndem Willen (uneigentliche Mentalreservation 80); das gilt sowohl für die reine Mentalreservation wie für die gemischte (Irrtum über Geschäftsfähigkeit, Eigentum 475 Anm. 34, usw.), und hier sowohl für die gemischt-primäre wie für die bloß sekundäre (90 f.) — ➸ die eigentliche Mentalreservation ist nur als reine denkbar ⟵ —. § 116 Satz 2 ist als

eine Singularität strikt zu interpretieren und daher auf die eigentliche Mentalreservation zu beschränken (481).

2. Über Mentalreservation bei Verzeihung s. *Klein, ÖstZBl. 28 483 Note 138.

§ 117. 1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft (JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 2, **3**, **4**, **5** Ziff. 1, **6** Ziff. I 1 u. unten Ziff. 4). Bollenbeck, Sicherungsübereignung, DNotV. **10** 169 ff. Ergibt sich aus der Feststellung des Tatbestandes oder aus Nebenumständen, daß die Parteien bei einem in die Form der Sicherungsübereignung gekleideten Vertrag in Wirklichkeit keine Eigentumsübertragung auf den Gläubiger, sondern nur eine Pfandbestellung zu seinen Gunsten gewollt haben, so finden nach § 117 Abs. 2 die Vorschriften für Pfandbestellung Anwendung. Nach diesen ist die Pfandbestellung ungültig, wenn nicht körperliche Besitzübergabe stattgefunden hat. Der Vertrag ist daher unwirksam, wenn er mittels Übergabe durch Besitzkonstitut vollzogen ist.

2. *Schöny, AbürgR. **35** 291 ff. Das Treuhandgeschäft ist kein Scheingeschäft; es gibt ernstliche und zum Scheine geschlossene Treuhandgeschäfte. Beim ernstlichen Treuhandgeschäfte liegt der wirkliche Wille vor, dem Treuhänder eine Rechtsmacht zu schaffen und ihn zu verpflichten; dieser erklärte Wille erzeugt die Rechtswirkung. Das Treuhandgeschäft kann auch ein anderes Geschäft verdecken, wenn etwa nur die Verpflichtung des Treuhänders zum Scheine erfolgt ist.

3. **RG.** 22. 11. 09, JW. **10** 60 f. Wenn die Vertragsparteien, sei es absichtlich oder unwissentlich, etwas anderes niedergeschrieben haben, als sie verabredet hatten, und wenn sie auch im Augenblicke des Vertragsschlusses noch darüber einig waren, daß der Vertrag den von ihnen mündlich vereinbarten Inhalt haben sollte, dann gilt das Niedergeschriebene nicht, weil es ihrem beiderseitigen erklärten Vertragswillen nicht entspricht, und es kann sich nur fragen, ob die Vertragsabrede, über die sie einig waren, einen gültigen Vertrag darstellt.

4. a) **RG.** 15. 10. 09, JW. **10** 4. Unter einem fiduziarischen Geschäft ist ein Geschäft zu verstehen, durch das der eine dem anderen ein Vermögensstück rechtlich übereignet, zu dem vereinbarten Zwecke, daß der Vermögenswert das Vermögen des anderen wirtschaftlich nicht vermehren solle. RG. verneint das Vorliegen eines fiduziarischen Geschäfts in einem Falle, in welchem der Ehemann ein Grundstück aus dem Vermögen eines Dritten erworben und die Ehefrau sich nur darauf beschränkt hatte, ihm die zum Erwerb erforderlichen Mittel vorzuschießen und ihm dadurch die tatsächliche Möglichkeit zu gewähren, das Grundstück im eigenen Namen zu erwerben. b) **RG.** 21. 1. 10, R. **10** Nr. 1063. Solange nicht besondere Umstände eine gegenteilige Auffassung begründen oder überhaupt möglich erscheinen lassen, kann eine natürliche Betrachtung der Dinge nur zu dem Ergebnisse führen, daß ein Gläubiger, der für seine Forderung ein Sicherungsgeschäft mit dem Schuldner abschließt, die Sicherung ernstlich will.

5. Scheingeschäft (JDR. **7** Ziff. II 2, **8** Ziff. 2). a) **RG.** 8. 4. 10, R. **10** Nr. 1906. Ein Scheingeschäft setzt voraus, daß alle Beteiligten über die Scheinnatur einig sind. Verschieden davon ist die Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch eine vorgeschobene Person. b) R. **10** Nr. 2775 (KG.). Ist die Abtretung einer Forderung durch Vereinbarung ausgeschlossen, so liegt ein Scheingeschäft, zudem auch ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn der Gläubiger, lediglich um das Abtretungsverbot zu umgehen, im Einverständnisse mit einem Dritten künstlich ein Schuldverhältnis schafft, auf Grund dessen dieser gegen ihn einen Schuldtitel erwirbt und im Anschlusse daran die dem Abtretungsverbot unterliegende Forderung pfändet und sich zur Einziehung überweisen läßt.

§ 118. 1. *Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie 489 ff. Der § 118 regelt den Fall, daß eine Willenserklärung vorliegt, der Erklärende aber nur des

abstrakten Sinnes derselben sich bewußt ist, nicht des konkreten Sinnes (498). § 118 ist analog anzuwenden auf die Fälle, in denen der Erklärende nicht einmal des abstrakten Sinnes sich bewußt ist (500). Alle Fälle also, in denen der Erklärende über den gesamten Sinn seines Handelns als einer juristischen Willenserklärung irrt (im Gegensatze zu dem Irrtum über den Sinn im einzelnen, über den „Inhalt", 497), sind nach §§ 118, 122 zu behandeln. Der rechtfertigende Grund der Nichtigkeit liegt in dem Mangel der geschäftlichen Beziehung zum Erklärungsempfänger (492, 500).

2. a) Da, wo weder Wille noch Erklärung vorliegen, bedarf es nicht erst des § 118 zur Verhütung des Eintritts rechtsgeschäftlicher Folgen. Die oft gewählten Beispiele: Theaterspiel und Lehrvortrag gehören darum nicht hierher. *Titze, Lehre v. Mißverständnis 42 Anm. 2.

b) Es genügt, daß der Erklärende sich der Erwartung, der Gegner werde den Scherz nicht mißverstehen, hingeben zu dürfen glaubt. Gleichgültig ist, ob er nach objektivem Urteile sich ihr hingeben durfte oder nicht. *Titze, Mißverständnis 43 Anm. 3.

3. a) *Hölder, IheringsJ. **58** 128. Die durch § 118 bestimmte Nichtigkeit ist als Anfechtbarkeit und die sie begründende Erwartung ist als eine solche zu verstehen, die nach den Umständen dem anderen erkennbar war, da Bewußtseinszustände überhaupt nicht rechtliche Bedeutung ohne ihre erfolgte Betätigung oder ihre für andere bestehende Erkennbarkeit haben. **b**) Der § 118 statuiert echte Nichtigkeit, nicht bloße Anfechtbarkeit des Geschäfts. *Titze, Mißverständnis 43 Anm. 4 gegen Manigk, Willenserklärung 476 ff.

4. Jacobi, Theorie der Willenserklärungen 54 ff. Der § 118 setzt einen Gesamttatbestand voraus, aus dem zu entnehmen ist, daß die Willenserklärung nicht ernstlich gewollt ist. Der § 122 spricht nicht dagegen; die Erklärung, von der hier in Verb. mit § 118 gesprochen ist, bedeutet hier nur einen Ausschnitt aus dem Gesamttatbestande. Die Willenserklärung gemäß § 118 ist nichtig und nicht bloß anfechtbar, nur kann bei Anfechtung dem Gegner das nicht in obligatione befindliche positive Interesse geleistet werden.

§§ 119 ff. Über die Frage, ob die Vorschriften der §§ 119 ff. auf die „Verzeihung" und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft anwendbar sind, vgl. *Klein, KGBl. **11** 3 ff., unten zu §§ 1570 und 1587 BGB.

§ 119. I. 1. *Jacobsohn, IheringsJ. **56** 329 ff. Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. Soweit es sich um die am meisten vorkommenden Fälle der konkludenten Handlungen sowie um diejenigen Fälle handelt, bei denen eine wörtliche Erklärung vorliegt, zugleich aber durch diese etwas über den unmittelbaren Wortlaut Hinausgehendes „stillschweigend" erklärt ist, gelten keine Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 119 ff. Es kommt also auch hier zunächst nur auf die dem Gegner zugänglichen Umstände an; nach ihnen allein ist die Auslegung der Erklärung zu beurteilen. Etwa dem Gegner nicht zugänglich gewordene Umstände, aus denen sich ergibt, daß der Erklärende mit der Erklärung einen anderen Sinn verbinden wollte, können nur zur Begründung der Anfechtung verwandt werden (339 ff.).

Willenserklärungen ohne Kundgebungszweck? Ebenso ist nur aus den dem Gegner zugänglichen Umständen die Frage zu beantworten, ob überhaupt eine Willenserklärung abgegeben werden sollte. Wer ein Verhalten beobachtet, das als Kundgebung eines bestimmten Willens erscheint, dem in Wahrheit aber kein Kundgebungswille zugrunde lag, muß dies doch als seine Willenserklärung gegen sich gelten lassen und kann dagegen nur mit der Anfechtung vorgehen (348 ff.). Dies gilt in gleicher Weise für stillschweigende und ausdrückliche Willenserklärungen.

Die Praxis folgt schon jetzt dieser Ansicht, besonders in handelsrechtlichen Fällen, allerdings mit unzureichender Begründung, vgl. u. a. **RG.** HoldheimsMSchr. **04** 105 u.

RG. 54 176; für sie spricht jedenfalls stark das Bedürfnis des Verkehrs. Ungenügend ist das von Bülow in diesem Zusammenhang aufgestellte „Abwehrprinzip". Zu weit würde die analoge Anwendung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen führen, in denen für Einzelfälle der Vertrauensschutz besonders anerkannt ist, da hier deren Wirkung in der Regel auch durch Anfechtung nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Ungenügend ist auch die von Leist nachgewiesene Tendenz der Praxis, die Berufung auf mangelnden Willen deshalb auszuschließen, weil in solchen Fällen bewußte Unkenntnis anzunehmen sei. Ungenügend und unvereinbar mit dem Standpunkte des heutigen Rechtes wäre endlich auch die Begründung unseres Satzes in der Fahrlässigkeit des Erklärenden. Vielmehr muß zurückgegriffen werden auf das unser ganzes heutiges Verkehrsrecht beherrschende Prinzip des Vertrauensschutzes (Wellspacher), das auch die Normierung des Rechtes der Willenserklärungen beherrscht, allerdings mit verschiedener Stärke. Nach jenem Prinzipe wird das Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand geschützt, wenn immer jener Tatbestand mit Zutun dessen, dem der Schutz zum Nachteile gereicht, zustande gekommen ist, auch wenn dieser sich über die Tragweite seines Tuns nicht klar war. Auf unsere Frage angewendet, ergibt dieser Satz die Möglichkeit von Willenserklärungen ohne Kundgebungszweck (358).

Auch mit dem Wortlaute des § 119 Abs. 1 BGB. ist die Annahme „unbewußter Willenserklärungen" wohl zu vereinigen. Andererseits hat sie eine Stütze in §§ 118, 122 BGB., da im Falle des mißlungenen Scherzes der Scherzende keine rechtswirksame Willenserklärung abgeben wollte, trotzdem aber zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses verpflichtet ist (365).

Danach ergeben sich als die Grundprinzipien der Lehre von den Willenserklärungen die beiden Sätze:

A. Willenserklärung ist das Verhalten einer Person einer anderen gegenüber, in dem diese mit Recht eine gewisse rechtlich erhebliche Erklärung finden konnte.

B. Eine Willenserklärung kann wegen Irrtums angefochten werden, wenn diesem Verhalten der daraus zu schließende Willen in Wahrheit nicht zugrunde lag: gleichviel, ob gar kein Erklärungswille vorhanden war oder ob etwas anderes erklärt werden sollte.

Der erste Satz gibt dem Gedanken des Vertrauensschutzes Ausdruck, der zweite beruht auf dem Gedanken der Privatautonomie; erst die Verbindung beider gibt ein richtiges Bild der gesetzlichen Regelung (367).

Stillschweigende Willenserklärungen kraft Gesetzes. Das BGB. enthält eine Reihe von Bestimmungen, die ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung bestimmten Inhalts auffassen oder doch daran die Wirkung einer solchen Erklärung knüpfen. Bei Prüfung der Frage, ob diesen Vorschriften gegenüber die Berufung auf entgegengesetzten Willen zulässig ist, ist zunächst festzustellen, welchen Tatbestand das Gesetz jeweils voraussetzt. Ohne weiteres ausgeschlossen ist eine Anfechtung wegen Irrtums da, wo das Gesetz an ein bestimmtes Verhalten ein für allemal rechtsgeschäftsähnliche Wirkung knüpft, ohne im Einzelfalle nähere Prüfung zu verlangen, ob dies Verhalten wirklich als Erklärung des auf diese Rechtsfolgen gerichteten Willens erscheint. Denn dann fehlt es in Wahrheit schon an dem äußeren Tatbestand einer Willenserklärung (369 ff.). Hierher gehören vor allem die Fälle, in denen mit Ablauf einer Frist etwas „als erklärt gilt", so §§ 108, 177, 415 Abs. 2, 416 Abs. 1, 1396, 1448 BGB, ferner §§ 496, 516 Abs. 2 BGB. Hier entscheidet allein der Fristablauf; seine Wirkung wird nur durch unzweideutige Erklärung ausgeschlossen; auf sonstige Umstände kommt nichts an. Eine Ausnahme macht die Bestimmung des § 1956 BGB., wonach die Versäumung der Frist zur Ausschlagung der Erbschaft in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden kann; doch ist diese Bestimmung nicht auf andere Fälle analog auszudehnen (374 ff.)

Abweichender Beurteilung unterliegen die gesetzlichen Bestimmungen, die ihre Wirkung nicht an einen ein für allemal typisch fixierten Tatbestand anknüpfen, sondern einen Tatbestand voraussetzen, der dem äußeren Tatbestand einer Willenserklärung gleich oder doch sehr ähnlich ist. So die §§ 612, 632, 653, 689 BGB., nach denen eine Vergütung für geleistete Arbeit als stillschweigend vereinbart gilt, wenn den Umständen nach die Arbeitsleistung nur gegen Vergütung zu erwarten war. So weiter die gesetzliche Vollmacht des § 56 HGB. für den in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten. Weiter die Bestimmung des § 362 HGB., wonach ein Kaufmann den Antrag eines Geschäftsfreundes oder eines anderen, dem gegenüber er sich zur Vornahme von Geschäften erboten hat, auf Vornahme einer Geschäftsbesorgung unverzüglich beantworten muß, widrigenfalls sein Schweigen als Ablehnung gilt. Endlich auch die §§ 85 und 386 HGB.

Alle diese Bestimmungen gelten nur, sofern sich nicht aus den Umständen ein abweichender Wille ergibt, wie übrigens auch schon für mehrere von ihnen in der Rechtsprechung anerkannt ist. Der äußere Tatbestand einer Willenserklärung muß also vorliegen. Trotzdem ist eine Anfechtung wegen fehlenden Willens nicht zuzulassen; es handelt sich nicht um bloße Auslegungsregeln, sondern um Dispositivnormen, die den regelmäßigen, nur relativen Schutz des Vertrauens auf eine Willenserklärung bis zur absoluten Höhe völliger Unanfechtbarkeit steigern wollen. Wenn in den §§ 612, 632, 653 und 689 BGB. das Gesetz davon spricht, daß eine Vergütung „als stillschweigend vereinbart gilt", so kann doch diese Fassung nicht für Zulässigkeit der Irrtumsanfechtung entscheiden, zumal gerade in diesen Fällen nach Jahrhunderte alter deutscher Rechtsanschauung eine Berufung darauf unzulässig ist, man habe trotz der berechtigten Erwartung des Arbeitnehmers diesem in Wahrheit eine Vergütung nicht zukommen lassen wollen (380 ff.).

Es liegt nahe, den für diese Fälle stillschweigender Willenserklärungen geltenden Ausschluß der Irrtumsanfechtung auch auf die entsprechenden ausdrücklichen Erklärungen auszudehnen. Doch ist die Zulässigkeit dieser Ausdehnung im Einzelfalle zu prüfen. Sie ist abzulehnen für die Fälle der §§ 362, 85 und 386 HGB., da dort durch die Forderung unverzüglicher Erklärung nur der Spekulation auf Kosten des anderen entgegengetreten werden soll; anzunehmen dagegen in analoger Ausdehnung des § 56 HGB. auf alle Fälle von Generalvollmachten, diese seien in Worten oder nur durch konkludente Handlung (z. B. Anstellung als Gutsverwalter) erteilt. Ebenso ist der Grundsatz des § 612 BGB. auch auf Arbeitsverträge mit ausdrücklicher Lohnvereinbarung anzuwenden; der Arbeiter kann also den angemessenen Lohn fordern, wenn der Vertrag wegen Irrtums angefochten oder aus anderen Gründen nichtig ist. So stehen diese Fälle neben denjenigen Willenserklärungen, in denen ebenfalls nach feststehender Rechtsprechung der höchsten Gerichte eine Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs nicht zugelassen wird: der Zeichnungserklärung des Aktionärs, der Beitrittserklärung zur Genossenschaft nach erfolgter Eintragung in die Liste der Genossen und anderen ähnlichen Fällen. Um die Verkehrssicherheit ganz besonders zu schützen, wird hier überall nur der äußere Tatbestand einer Willenserklärung erfordert, während der innere Wille überhaupt nicht berücksichtigt wird (385).

2. *Hölder, IheringsJ. **58** 113. Der § 119 gilt nicht nur für ein Verhalten ohne Kenntnis der Bedeutung des Inhalts einer Willenserklärung, sondern auch für ein Verhalten ohne Kenntnis der ihm zukommenden Bedeutung, überhaupt eine Willenserklärung zu sein. Auch ein solches kann eine unanfechtbare Willenserklärung sein. So vollzieht, wer zwei Schriftstücke unterschreibt, von denen eines eine Willenserklärung enthält, durch dessen Unterzeichnung eine unanfechtbare Willenserklärung, wenngleich er dadurch eine solche nicht vollziehen wollte, weil er sie miteinander verwechselt hat. — § 140 ergibt die Möglichkeit ungewollter

Willenserklärungen, weil das anstatt des nichtigen existierende Rechtsgeschäft vom Handelnden nicht gewollt ist. (145.)

3. *Jacobsohn, IheringsJ. **56** 408 ff. Die Vorschrift des § 119 gilt nicht für die Fälle des § 151 BGB., in denen der Vertrag zustande kommt, ohne daß die Annahme dem anderen Teile erklärt wird.

4. a) *Titze, Lehre v. Mißverständnis 7 Anm. 3, 8 Anm. 4. Es empfiehlt sich, für die beiden in Abs. 1 geregelten Tatbestände keine verschiedenfachen Bezeichnungen zu verwenden, sondern sie beide unter dem einheitlichen Begriffe des Erklärungs- oder Geschäfts- oder Inhaltsirrtums zusammenzufassen. Ihm ist dann der bloße Irrtum im Motiv als außergeschäftlicher Irrtum gegenüberzustellen.

b) Über das Zusammentreffen von Irrtum des Erklärenden und Mißverständnis des Adressaten vgl. *Titze, Lehre v. Mißverständnis 333 ff.

c) Über das Verhältnis von Irrtum und Dissens s. unten §§ 145 ff.

d) Zwischen Rechtsirrtum und Tatsachenirrtum besteht hinsichtlich der Anfechtbarkeit kein Unterschied. Darüber ausführlich *Titze, Mißverständnis 443 ff.

e) Das Anfechtungsrecht kann dem Berechtigten unter Umständen ein Reurecht gewähren. So *Titze, Mißverständnis 337 f. gegen Gradenwitz.

f) Über den Fall, daß beim Anfechtungsrechte, sei es aktiv, sei es passiv, mehrere beteiligt sind, vgl. *Titze, Mißverständnis 419 f.

g) Erfährt eine Partei erst durch das richterliche Urteil, daß sie einen Erklärungsinhalt falsch beurteilt hat, so kann sie ihre Erklärung noch im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage anfechten. *Titze, Lehre vom Mißverständnis 429 ff.

5. **a)** *Henle, Göttingische gelehrte Anzeigen **09** 601. In den Fällen der zweiten Alternative bezieht sich der Bewußtseinsmangel bereits auf das Erklärungsergebnis („uneigentlicher Irrtum"), in denen der ersten Alternative nur auf dessen Inhalt („eigentlicher" Irrtum). **b)** *Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie 513. Die Worte „bei verständiger Würdigung des Falles" enthalten eine Modalität zu „er", nicht bloß ein kumulatives Moment. Der rechtfertigende Grund ist: Der Richter soll sich nicht auf den Standpunkt eines Unverständigen stellen müssen (514).

6. *Regelsberger, IheringsJ. **58** 155, vertritt die Ansicht von Gradenwitz, Anfecht. u. Reurecht beim Irrtum (IDR. **1** 67), daß nach Anfechtung einer auf Irrtum beruhenden Willenserklärung der Anfechtungsgegner berechtigt sei, den Anfechtenden bei dem Sinne seiner Erklärung festzuhalten, den dieser damit verbunden hatte.

7. *Voß, IheringsJ. **56** 412 ff. Der § 119 BGB. ist anwendbar, wenn bei schriftlichen Willenserklärungen die gewollte Schrift mit den zum Vorschein gebrachten Schriftzügen nicht übereinstimmt, aber nicht, wie Siegel (Blanketterklärung, München 1908) will, auch dann, wenn eine Blanketterklärung durch einen nicht zur Ausfüllung berechtigten Dritten oder in einer das Ausfüllungsrecht verletzenden Weise vervollständigt worden ist. Der Ausfüller eines Blanketts handelt im Namen des Ausstellers als dessen Selbstkontrahent. — Aber das Blankett wirkt bei der Ausfüllung nicht als der skripturmäßige Rahmen, in den der Inhalt der Ausfüllung als unselbständiger Bestandteil der vervollständigten Urkunde sich einfügt. Die Unterschrift deckt den vollständigen Text, weil sie die Fähigkeit hierzu durch die Anwendung der legitimierten Tätigkeit des Vertreters empfängt. Die Blanketterklärung hat hierbei die Bedeutung einer neben der Ausfüllungsermächtigung hergehenden Vollmachtskundgebung, eines Vertrauenszeichens, das gutgläubige Dritte berechtigt, der Redlichkeit und Sorgfalt des Ausfüllenden Vertrauen zu schenken. Im Zweifel ist hierbei das Blankett dazu bestimmt, die verkehrsfertige Ausfüllung der Urkunde zu ermöglichen, macht also weitere Nachforschungen unnötig. — Die Haftung des Ausstellers ist hiernach im Wege der Anfechtung nicht

beschränkbar (§ 122 BGB.). Aber der Aussteller kann dem nicht gutgläubigen Blanketterwerber gegenüber die Einrede aus der mißbräuchlichen Ausfüllung geltend machen.

8. Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 beim Kaufe (s. JDR. **2** Ziff. II 3 zu § 459, **4**, **5**, **6** zu § 119 Ziff. I 1, 8 Ziff. I 3). a) *Rudolf Schmidt, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kaufe in ihrem Verhältnisse zueinander: Die Anfechtung wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften ist auch beim Kaufe unbeschränkt zulässig. Die Ansicht **RG. 61** 175 ff. (JDR. **4** Ziff. II 8 d), wonach die Anfechtung auf dem Gebiete der Fehler im Sinne des § 459 BGB. unzulässig sein soll, weil sonst die Beschränkungen des Wandelungsrechts [§§ 460 Satz 2, 461, 477 BGB.] illusorisch würden, ist unrichtig. Denn a) die Fälle, in denen die Tatbestände des Anfechtungs- und Wandelungsrechts zusammentreffen, sind im Vergleiche zur Gesamtzahl der Wandelungsfälle sehr selten. Die meisten Wandelungsfälle unterliegen daher noch den beschränkenden Vorschriften; b) die Wandelung gewährt dem Käufer in vielen Beziehungen weitergehende Rechte als die Anfechtung; c) gegen das RG. spricht die Entstehungsgeschichte des Abs. 2 des § 119 BGB.; d) die konsequente Durchführung der Theorie des RG. [bei Tausch, Miete, Werkvertrag usw.] führt dazu, daß § 119 Abs. 2, soweit er die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums betrifft, illusorisch wird; e) die Zulassung der Anfechtung ist billig, da der Käufer in den Anfechtungsfällen besonders schwer getroffen wird. Denn insbesondere: Wesentliche Eigenschaften sind nur die ganz besonders wichtigen. **b)** *Henle, Gött. gel. Anz. **09** 596. § 119 Abs. 2 und § 459 schließen sich aus, da Abs. 2 nur solche Fälle im Auge hat, in denen nach dem Gehalte der Erklärung die (durchschnittlich bestimmende) Eigenschaft nicht vorausgesetzt erscheint.

9. Irrtum über Eigenschaften. *a) Hillebrandt, Eigenschaften einer Person oder Sache. Der Eigenschaftsbegriff im § 119 Abs. 2 und § 459 Abs. 2 ist ein juristischer Begriff geworden, enger als der grammatikalische, weiter als der gangbare Eigenschaftsbegriff nach natürlichem Sprachgebrauche. Der letztere bleibt Grundstock auch im juristischen Begriffe; wirtschaftlich den E. gleichwertige Verhältnisse treten hinzu. Demnach sind juristisch E. die in der Person oder Sache selbst liegenden Merkmale und diejenigen Verhältnisse derselben, welche ihnen für das fragliche Geschäft wesentlich sind. Die Verhältnisse müssen dabei in ihrem Wesen den Merkmalen entsprechen, abgesehen davon, daß sie der Person oder Sache nicht immanent sein können. Daher ist Voraussetzung: Bedeutsamkeit zur Zeit des Vertragsschlusses, Unmittelbarkeit des Verhältnisses und ein Einfluß desselben auf die Person oder Sache. Festzustellen ist der Einfluß danach, ob die Sache — nach der subjektiven Anschauung des Kontrahenten — durch das Verhältnis charakterisiert wird, ob es der Sache wesentlich ist. Die Wertsteigerung oder -minderung ist als Maßstab zur Feststellung des Einflusses ungeeignet. **b)** Jacobi 58 ff. Beim Irrtum in den Eigenschaften wird, rein rationell betrachtet, eine Vorstellung von einer Rechtsveränderungsabsicht hinsichtlich eines Objekts hervorgerufen, das in gewissen erheblichen Beziehungen ein anderes ist als das, über das man die Vorstellungen hat hervorrufen wollen. Hiernach geht der Wille zur Vorstellungserweckung und die Erklärung genau genommen in rechtserheblicher Weise auseinander. Das Recht behandelt aber diesen Irrtum so, als ob die Vorstellung sich auf das gleiche Objekt bezogen hätte, auf das sich die Erklärung richtet, und nur insofern spielt der Gedanke, daß die Vorstellung ein von der Erklärung abweichendes Objekt umfaßt, eine Rolle, als trotz unterstelltem Zusammenfalle von Willen und Erklärung doch die Anfechtung wegen Irrtums gestattet ist.

10. Wesentliche Eigenschaften der Sache (JDR. **2** Ziff. II zu § 459, **4**, **5**, **6** Ziff. I 1 zu § 119). a) *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 170—174.

Man muß sich davor hüten, die Begriffe wesentlich und erheblich gleichzustellen. Erheblich ist gleich wichtig. Wesentlich bedeutet mehr als wichtig, nämlich zum Wesen gehörig. Es können daher als wesentlich im Sinne des § 119 Abs. 2 nur solche Eigenschaften gelten, die nach den Verkehrsanschauungen für das vorliegende Rechtsgeschäft das Wesen der Sache ausmachen, d. h. Eigenschaften, von deren Vorhandensein oder Fehlen es abhängt, ob die Sache im Verkehre für das vorliegende Rechtsgeschäft zu dieser oder jener Art von Sachen gerechnet wird. Übereinstimmend Breucha, WürttJ. **03** 253 ff.; Cosack, BGB. I § 64 II 1 c; Endemann, Bürg. R. I § 71 Anm. 21. **b)** *Rudolf Schmidt, Anfechtungsrecht 6 ff. Verkehrswesentlich sind weder diejenigen Eigenschaften, die zur normalen Individualisierung der Kaufsache gehören (so Lenel, JheringsJ. **44** 9), noch allein diejenigen, deren Fehlen die Sache zu einer solchen anderer Art macht, sondern alle für die typischen Geschäftszwecke besonders wichtigen Eigenschaften. **c)** *Henle, Gött. gel. Anz. **09** 596. Unter den Eigenschaften, die „im Verkehr als wesentlich angesehen werden“, sind die durchschnittlich bestimmenden Eigenschaften verstanden.

11. Hoeniger, Anfechtung wegen Irrtums über die Güte einer Hypothek (Kritische Besprechungen reichsgerichtlicher Entscheidungen AbürgR. **35** 262 ff.), weist darauf hin, daß **RG.** JW. **09** 684 (JDR. **8** Ziff. II B 3 d) die Möglichkeit der Anfechtung wegen der Güte einer gekauften Hypothekenforderung verneint, **RG.** 25. 9. 09 (vgl. JDR. **8** Ziff. II B 3 b) die Anfechtung aber zugelassen habe. Er führt aus, daß die Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaften einer Hypothek für zulässig zu erachten sei, eine Anfechtung aber dann nicht stattfinde, wenn vertragsmäßig die Haftung des Verkäufers für die Güte der Hypothek ausgeschlossen ist.

12. Schneider, R. **10** 34 ff. In allen Fällen, wo jemand „irrtümlich“ eine Nichtschuld erfüllt, bedarf es keiner Anfechtung dieser Rechtshandlung; die Begründung einer condictio indebiti genügt. Es gehört auch unter die Regel der condictio indebiti, wenn jemand zur Begleichung einer Nichtschuld eine neue Schuld durch Anerkenntnis eingeht (vgl. **RG. 61** 321). Das wird durch § 812 Abs. 2 BGB. unzweifelhaft klargestellt; es muß aber auch dann gelten, wenn auf der Grundlage der angeblichen alten Schuld ein neues Rechtsgeschäft ohne die abstrakte Form der §§ 780, 781, 812 Abs. 2 vorgenommen wird.

II. Aus der Praxis. A. Abs. 1. 1. **a) RG.** BayRpflZ. **10** 77. Ein Vertrag kann nicht wegen Irrtums angefochten werden, wenn das Vorhandensein einer Eigenschaft nicht angenommen, sondern nur als zweifelhaft angesehen wurde. **b) RG.** 6. 4. 10, R. **10** Nr. 2150. Die Beweislast für ein früheres Erkennen des Anfechtungsgrundes seitens des Anfechtenden, als letzterer angibt, trifft den Anfechtungsgegner. **c) RG.** 23. 4. 10, HoldheimsMSchr. **10** 292. Die Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung schließt nicht die Anfechtung wegen Irrtums in sich.

2. a) **RG.** 21. 12. 09, JW. **10** 155 ff., DJZ. **10** 371. Ist in den „Allgemeinen Versicherungsbedingungen“ einer Versicherungsgesellschaft an die unrichtige Beantwortung der im Antragsformulare vom Versicherer gestellten Fragen die Verwirkung des Anspruchs geknüpft, so ist neben dieser besonderen vertragsmäßigen Regelung der Folgen einer solchen unrichtigen Fragenbeantwortung dem Versicherer nicht noch die Anfechtung wegen Irrtums auf Grund des § 119 BGB. zu gestatten. Der Verwirkungseinrede kann nach feststehender Rechtsprechung mit Tatsachen, die die unrichtige Fragenbeantwortung entschuldbar erscheinen lassen, begegnet werden. Dieses Vorteils würde der Versicherungsnehmer gegenüber einer Anfechtung wegen Irrtums verlustig gehen. Das aber kann nicht gewollt sein, wenn die Vertragschließenden durch besondere Vertragsbestimmung eben die Verwirkung mit der sich daran knüpfenden Entschuldigungsmöglichkeit als Rechtsfolge einer unrichtigen Fragenbeantwortung vereinbaren. Diese Bestimmung tritt dann kraft Vertragsfreiheit an die

Stelle der gesetzlichen Vorschrift des § 119 BGB., nicht neben sie. **b)** OLG. **20** 197 (Colmar). Ein Volksschullehrer kann sein Entlassungsgesuch, zu dem er durch die vorgesetzte Landesschulbehörde veranlaßt worden ist, wegen Irrtums oder sonstiger Willensmängel gegenüber dem Landesfiskus anfechten.

3. Irrtum im Beweggrunde (JDR. **2** Ziff. IV 1 c, **3** Ziff. III 1 d, **4** Ziff. II b, **5** Ziff. II A 9, **6** Ziff. X A 9, **7** Ziff. II A 6, **8** Ziff. II A 3). **a)** OLG. **20** 41 (Celle). Auch ein Irrtum im Beweggrunde kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn er den Inhalt einer Willenserklärung betroffen hat (vgl. Rehbein, BGB. I 134 Anm. a; Staudinger I 389). Hielt der Bürge die Schuld, für welche er die Bürgschaft übernahm, für eine durch Pfandrecht gesicherte und verbürgte er sich für diese als eine derart gesicherte, so befand er sich, wenn das nicht zutraf, über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume. Vgl. dazu auch JDR. **6** Ziff. X A 9 f. — **b)** **RG.** R. **10** Nr. 3441. Die irrige Annahme eines Mieters, die Konzession zum Betrieb einer Schankwirtschaft in den vermieteten Räumen auf den Namen des Vermieters sei vorhanden und es könne alsbald mit dem Ausschanke begonnen werden, betrifft nicht eine Eigenschaft der Mietsache, sondern stellt nur einen Irrtum im Beweggrunde dar. **c)** **RG.** 22. 2. 10, DJZ. **10** 537, SächsRpflA. **10** 212. Bei einem Irrtum über den Wert des Kaufgegenstandes (den Zinngehalt des gekauften Zinnschleifmehls) handelt es sich um einen rechtlich nicht beachtlichen Irrtum im Beweggrunde.

4. Unterschreiben einer nicht durchgelesenen Urkunde. **a)** R. **10** Nr. 3883 (Hamburg). Wer ein Schriftstück unterschreibt, ohne es zu lesen, befindet sich nicht im Irrtume. Nur die unbewußte Unkenntnis steht dem Irrtume gleich, nicht dagegen auch die bewußte Unkenntnis. Wer eine Vertragsurkunde unterschreibt, ohne von ihrem Inhalte Kenntnis zu nehmen, befindet sich nicht im Irrtume, weil er sich über seine Unkenntnis klar ist und auf alle Fälle erklären will, was in der Urkunde steht, es sei, was es wolle. **b)** OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **10** 101, im wesentlichen wie **RG.** JW. **09** 214, JDR. **8** Ziff. II A 2.

5. **RG.** 19. 10. 10, SächsRpflA. **10** 564. Der Übergang von der Anfechtungsklage zur vertraglichen Gewährleistungsklage ist Klagänderung.

B. Abs. 2. 1. Eigenschaften einer Person. Irrtum über Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit (JDR. **1** Ziff. 17, **2** Ziff. IV 2 b, **4** Ziff. II 8 c γ, **5** Ziff. II B e, **6** Ziff. X B 1, 8 Ziff. II B 2 a). **a)** OLG. **20** 39 f. (Stuttgart). Wer an eine Person verkauft, deren Verhältnisse ihm völlig unbekannt sind, tut dies wohl in der Hoffnung, er werde Zahlung erhalten, aber er handelt eben auf die Gefahr hin, sich in dieser Hoffnung getäuscht zu sehen und kann, wenn dieser Fall eintritt, nicht geltend machen, er sei in dem Irrtume befangen gewesen, der Käufer sei kreditwürdig. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 41 ff., OLG. **20** 40 f. (Hamburg). In der Vermögenslage einer Person kann unter Umständen eine wesentliche Eigenschaft der Person liegen (vgl. **RG. 69** 13). Es ist das aber nicht notwendig der Fall und bei weitem nicht immer. In Betracht zu ziehen sind Beruf, Stand, Gewerbe der Persönlichkeit; auch kommt es auf ihre ganze Stellung im Leben und Verkehr, auf die Natur des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts, das Maß von persönlichem Vertrauen, welches es voraussetzt, und auf andere Umstände des Falles an. **c)** LG. Karlsruhe, KfmG. **6** 181 ff., läßt Anfechtung des mit einem Handlungsgehilfen abgeschlossenen Dienstvertrags aus § 119 wegen einer längeren, 15 Jahre zurückliegenden Gefängnisstrafe nicht zu, wenn der Betreffende in der Zwischenzeit sich keine weitere strafbare Handlung hat zu schulden kommen lassen. **d)** OLG. Dresden, JDR. **8** Ziff. II B 2 b jetzt auch SächsOLG. **31** 95.

2. Eigenschaften einer Sache (JDR. **7** Ziff. II B 1, **8** Ziff. II B 3). **a)** **RG.** 25. 11. 09, R. **10** Nr. 3. Als Sache im Sinne des § 119 Abs. 2 kann nur eine körperliche Sache verstanden werden. Eine bestimmte Brandkassentaxe ist keine wesentliche Eigenschaft eines Grundstücks. **b)** **RG.** 22. 9. 09, SeuffA. **65** 90. Irrtum

über Eigenschaften einer Hypothek berechtigt weder zur Anfechtung noch zu Gewährleistungsansprüchen (vgl. schon JDR. **8** Ziff. II B 3 d). c) **RG.** 3. 3. 10, **73** 136 ff., JW. **10** 388 führt aus, daß als „Sache" im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. nur körperliche Gegenstände in Betracht kommen. Die Bestimmung des Abs. 2 ist auf Rechte auch nicht entsprechend anzuwenden. Es kann daher die Annahme einer von dem Annehmenden für sicher gehaltenen Hypothek an Zahlungs Statt nicht deshalb wegen Irrtums angefochten werden, weil die Hypothek in Wirklichkeit unsicher war. **d) RG.** 9. 11. 09, JW. **10** 5. Als wesentliche Eigenschaft im Sinne des Abs. 2 gilt nicht nur eine solche Eigenschaft, durch deren Vorhandensein oder Fehlen die Sache zu einer anderen wird. **e)** LeipzZ. **10** 167 ff. (Dresden). Der Wert eines Kuxes bildet keine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 (vgl. **RG. 64** 269 ff.).

§ 120. 1. *Hölder, BayRpflZ. **10** 3. Unrichtige Übermittelung ist auch die Übermittelung an einen anderen Empfänger, durch die eine Erklärung an ihn zustande kommt. Ebenso ist u. Übermittelung eine solche, die noch nicht erfolgen sollte. Vgl. schon Hölder, JheringsJ. **55** 455, JDR. **8** Ziff. 1.

2. Jacobi, KrVJSchr. **49** 76. Der Geschäftsunfähige kann nicht Stellvertreter sein, aber Mitteilungen eines anderen überbringen und zwar nur wie ein Phonograph. Er muß genau abgerichtet sein, welche Erklärungen er abzugeben hat. Wenn seinem Willen eine Wahl eröffnet ist, so müssen ihm die Erklärungen für alle Alternativen vorgeschrieben sein. — Jacobi nimmt 77 ff. auch Stellung zu dem Vorschlage Rosenbergs, Stellvertretung 293 ff., JDR. **7** Ziff. 3, den § 120 auf Stellvertreter auszudehnen.

3. a) Zwischen Bote und Stellvertreter besteht ein begrifflicher Unterschied. *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 241 gegen Schloßmann und Rosenberg.

b) Über die Rechtsfolgen, wenn der Bote die Erklärung des Herrn oder der Adressat die Erklärung des Boten mißversteht, vgl. *Titze, Mißverständnis 240 ff.

c) Der § 120 gilt nur für den Boten des Erklärenden, nicht für den vom Adressaten abgeschickten Empfangsboten. Siehe über letzteren ausführlich *Titze, Mißverständnis 288 ff.

d) Über die Frage, ob § 120 auch bei Telegrammen mit bezahlter Antwort Anwendung findet, vgl. *Titze, Mißverständnis 290 Anm. 6.

§ 121. RG. 8. 4. 10, R. **10** Nr. 1909. Der Begriff der Unverzüglichkeit erfordert ein nach den Umständen des Falles zu bemessendes schleuniges Handeln, wobei eine auch bei Beobachtung der verkehrsüblichen Sorgfalt unabwendbare Verzögerung nicht ins Gewicht fällt (vgl. **RG. 64** 161).

§ 122. 1. *Rudolf Schmidt, Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch beim Kaufe in ihrem Verhältnisse zueinander 68 ff. Der wegen Irrtums anfechtende Käufer muß dem Verkäufer als negatives Interesse den Wert der zufällig bei dem Käufer untergegangenen Sache ersetzen. Der Gesichtspunkt des negativen Interesses kommt auch bei den Verwendungen des Käufers auf die Kaufsache [74 ff.] und den Nutzungen der Kaufsache [78] in Betracht.

2. *Henle, Gött. gel. Anz. **08** 469 f. Nicht alle dem Erklärungsempfänger zugänglichen Umstände sind für den Sinn der Erklärung maßgebend, sondern nur diejenigen, von denen ihm ferner zugänglich ist, daß der Erklärende von ihrer Zugänglichkeit wisse. Wenn der Empfänger aus sonstigen Umständen den Mangel des Sinnbewußtseins des Erklärenden kennt oder kennen muß, so ist der Fall des § 122 Abs. 2 gegeben.

3. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AZivPr. **106** 437. Da es der Erklärende ist, der die Gefahr beherrscht, sich zu versprechen, sich zu verschreiben oder eine Erklärung ohne Erklärung der wahren Sachlage ab-

zugeben, so läßt Abs. 1 des § 122 den Erklärenden ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht, den Schaden, der aus dem Risiko dem Erklärungsempfänger entsteht, ersetzen. War jedoch der Empfänger seinerseits in der Lage, den Irrtum des Erklärenden zu durchschauen, so soll er nach Abs. 2 keine Entschädigung erhalten. Diese offensichtlich im Einklange mit dem Gefahrtragungsprinzipe stehende Bestimmung weicht von ihm zu Unrecht nur insofern ab, als sie doch wieder auf das Verschuldungsprinzip zurückgreift; sie steht mit der von dem Vorhandensein eines Verschuldens unabhängigen Haftung des Erklärenden nach Abs. 1 nicht im Einklange.

§ 123. I. 1. Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (IDR. **3** Ziff. I e). Josef, AbürgR. **34** 282 ff. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft enthält das Geständnis stattgehabter Beiwohnung, ferner aber die Willenserklärung, die Rechtsfolgen dieser Tatsache auf sich zu nehmen und hiermit den Verzicht auf die Einrede mehrerer Zuhälter. Da über diesen „Inhalt" der Erklärung der Erklärende nicht im Irrtum ist, so kann er die Anerkennung nicht anfechten, weil er irrtümlich angenommen hat, er allein habe der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt; dies ist auch nur der unerhebliche Beweggrund, aus dem er die Folgen der Beiwohnung auf sich nahm. Abgesehen von dieser Beschränkung unterliegt die Anerkennung, wie jede Willenserklärung, der Anfechtung wegen Willensmängel, so wenn der Anerkennende über die Person der Mutter oder über die Zeit der Beiwohnung im Irrtume war, ganz besonders aber wegen Drohung und arglistiger Täuschung, so wenn die Mutter oder ein Dritter dem Anerkennenden bewußt wahrheitswidrig die Beiwohnung anderer Männer abgeleugnet hat. Zwar hat § 1718 den Zweck, die nachträgliche Anzweiflung der Vaterschaft zu verhüten; aber zur Beseitigung der Anfechtung der Anerkennung wegen Drohung und Täuschung hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft und der Gesetzgeber hatte nicht die Absicht, die strafbaren oder doch verwerflichen Tatbestände der Täuschung und Drohung für bedeutungslos zu erklären, sofern sie zur Ausschließung der Einrede mehrerer Zuhälter gemißbraucht werden.

2. Josef, GoldschmidtsZ. **67** 173 ff. Der Agent gilt nach § 43 Ziff. 1 VVG. als bevollmächtigt, Anträge auf Abschluß des Versicherungsvertrags als Vertreter des Versicherers entgegenzunehmen; zu dieser Entgegennahme gehört die gesamte auf das Zustandekommen des Vertrags gerichtete Tätigkeit des Agenten, der den Antragsteller zu beraten und mit ihm die Bedingungen des dem Versicherer vorzuschlagenden Vertrags zu vereinbaren hat. Ist aber der Agent bei dieser Tätigkeit Vertreter des Versicherers, so ist er kein Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB., folglich kann der Versicherungsnehmer den Vertrag nach § 123 Abs. 1 BGB. anfechten, wenn er durch arglistige Täuschung seitens des Agenten zum Abschlusse bestimmt worden ist.

3. Jacobi, Theorie der Willenserklärungen 65 ff. Die meisten Drohungen bezwecken nicht Erpressung von Willenserklärungen, sondern Erlangung von Besitz oder von Beweismitteln; hier ist Anfechtung nicht nötig, sondern nur dort, wo der Bedrohte im Erpressen wirklich die Vorstellung von und das Vertrauen auf die Rechtsveränderungsabsicht hat hervorrufen wollen. Der Grund der Anfechtung liegt nicht in der Zwangslage an sich, sondern in der durch einen anderen Menschen, also einen anderen Verantwortlichen, herbeigeführten Zwangslage, bei der dieser andere die Hauptverantwortung trägt.

4. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 174—176, s. unten Ziff. 6 zu §§ 481 ff.

II. Aus der Praxis. 1. Arglistige Täuschung. a) **RG.** 4. 10. 10, R. **10** Nr. 3888. Die Anfechtung eines Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der arglistig getäuschte Käufer infolge

seines Verschuldens nicht mehr in der Lage ist, das Kaufobjekt dem Verkäufer zurückzugeben. **b)** **RG.** JW. **10** 799 f. Die in früheren Rechten, insbesondere im preußischen ALR., gemachte Unterscheidung zwischen dem dolus causam dans und dem dolus incidens ist dem BGB. fremd. Sie hat namentlich im § 123 keine Stütze und wird auch nicht durch die Bemerkung in den Motiven zum § 103 des I. Entwurfs getragen: „Es ist dies eine Gestaltung, welche im Ergebnisse von den Bestimmungen der neueren Gesetze über den sogenannten metus und dolus incidens nicht wesentlich verschieden ist." **c)** **RG.** JDR. **8** Ziff. II 1 c auch HoldheimsMSchr. **10** 42. **d)** R. **10** Nr. 2471 (Stuttgart). Die Anfechtung der Übernahme eines Stammanteils einer GmbH. wegen Betrugs ist begründet, wenn der Erwerber des Stammanteils durch den anderen Vertragschließenden arglistig in den Irrtum versetzt war, der Stammanteil sei vollständig bar eingezahlt. **e)** RheinA. **107** 169 ff. (Düsseldorf). Es gilt nicht als Arglist oder Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand Werte, die an der Börse gehandelt zu werden pflegen, mit dem Fallen oder Steigen des Marktpreises rechnend, unter Verschweigung der ihm bekannt gewordenen günstigen oder ungünstigen Aussichten kauft oder verkauft. Es ist aber auch beim Umsatze von Papieren, die in ihrem Kurswerte geringen Schwankungen ausgesetzt sind, und nur in den den Verhältnissen des Instituts näherstehenden Kreisen gehandelt werden, an sich nicht eine Pflicht für den Kauflustigen gegeben, den Verkäufer unaufgefordert über bekannt gewordene wertbestimmende Umstände aufzuklären. Der Verkäufer, der präsumtiv über diese Verhältnisse unterrichtet ist, kann nach der Verkehrsanschauung von dem Kauflustigen solche Aufklärung nicht erwarten, selbst wenn selbige offensichtlich für seine Entschließung von ausschlaggebender Bedeutung sein würde. Für die Beurteilung der Frage, ob das Verschweigen eine Arglist darstellen möchte, ist es auch belanglos, aus welcher Quelle in solchen Fällen der spekulierende Teil seine bessere Kenntnis geschöpft hat, ob er jene Tatsachen als Privatmann von dritter Seite erfahren, oder ob sie ihm vermöge seines Amtes oder einer besonderen Stellung bekannt geworden sind.

2. Wirkung und Folgen der Anfechtung (s. auch JDR. **5** Ziff. II 7, **6** Ziff. 3, 8 Ziff. II 2). **a)** SächsRpflA. **10** 441 (Dresden). Soweit der Käufer berechtigt ist, den Kauf nach § 123 anzufechten, können ihm, nachdem er die Anfechtung rechtzeitig ausgesprochen hat, die dadurch entstandenen Ansprüche nicht um deswillen verloren gehen, weil er nebenher die Aufhebung des Vertrags auf Grund des Wandelungsanspruchs durchzusehen in der Lage war. Dem getäuschten Käufer ist also der Ersatz des negativen Vertragsinteresses nicht zu versagen, d. h. er kann den Schaden fordern, der ihm durch den Abschluß des Vertrags und die dadurch geschaffene Sachlage entstanden ist; er ist wirtschaftlich in die Lage zu bringen, in der er sich befinden würde, wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen und seine geschäftlichen Maßregeln danach eingerichtet hätte. **b)** **RG.** 11. 6. 10, V. Sen., WarnE. **3** 326. Allerdings hat der II. Senat des Reichsgerichts wiederholt ausgesprochen, daß dem arglistig Getäuschten nach Anfechtung des Rechtsgeschäfts ein Bereicherungsanspruch zusteht, nicht aber die Rechte aus §§ 346 ff. (vgl. z. B. JDR. **8** Ziff. II 2 a). Allein die Anerkennung des Bereicherungsanspruchs enthält nicht die Verneinung des Rechtes des Anfechtenden auch Schadensersatzansprüche zu erheben. Daß der Anfechtende hierzu befugt ist, hat der VI. Senat und wiederholt der V. Senat (vgl. **RG.** **59** 155, **63** 112, JDR. **5** Ziff. II 7 a) ausgesprochen.

3. Kausalität zwischen Betrug und Schaden. **RG.** 12. 5. 10, R. **10** Nr. 2470. Erfährt der Verkäufer eines Grundstücks nach Abschluß des Kaufvertrags, aber noch vor der Auflassung, die Anfechtbarkeit des Kaufgeschäfts, so wird, wenn der Schaden auch erst mit der Auflassung eintritt, dadurch die Ursächlichkeit zwischen Betrug und Schaden noch nicht ohne weiteres beseitigt.

4. Drohung (JDR. **4**, **5** Ziff. II 3, 8 Ziff. II 7). **a)** **RG.** SeuffA. **65** 433 f., JW. **10** 704, BayRpflZ. **10** 429. § 123 Abs. 1 schützt mit seinen Bestimmungen über

die Drohung grundsätzlich die Freiheit des Willens, nicht die Integrität des Vermögens. Zur Widerrechtlichkeit der Willensbeeinflussung ist nicht erforderlich die Absicht eines rechtswidrigen Vermögensvorteils auf seiten des Drohenden, noch ein Vermögensschaden des Bedrohten. Es genügt in dieser Richtung, daß der Bedrohte ohne die Drohung die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde, und daß der Drohende kein Recht auf die Willenserklärung hatte. **b)** KGBl. **10** 62 (KG.). Die Ankündigung der Verweigerung einer als ein vertragliches Recht geforderten Leistung für den Fall der Unterlassung einer vom Vertragsgegner geforderten Zahlung ist begrifflich nicht als eine Drohung im Sinne des § 123 zu erachten, denn sie beschränkt sich auf ein nur passives Verhalten des Erklärenden, während zu einer Drohung im Sinne des § 123 das Androhen mit einem erst noch durch eine positive Tätigkeit des Drohenden in Bewegung zu setzenden Übel gehört (vgl. DJZ. **07** 11). **c)** Strafanzeige (JDR. **4** Ziff. II 2 a, **5** Ziff. II 2 b, **7** u. **8** Ziff. II 7). **RG.** 3. 3. 10, R. **10** Nr. 1480, GruchotsBeitr. **54** 883. Die Drohung mit einer Strafanzeige gegenüber Verwandten des Schuldners ist nicht deshalb nicht widerrechtlich, weil der Gläubiger damit lediglich eine Befriedigung seiner Forderung bezweckt und er zur Erstattung der Strafanzeige an sich befugt ist.

5. Konkurrenz von Anfechtungsrecht und Gewährleistungsrecht (vgl. JDR. 8 I 3 u. II B 1 zu § 119 sowie o. Ziff. I 8 zu § 119). HansGZ. **10** Beibl. 221 (Hamburg) vertritt in Übereinstimmung mit **RG. 70** 423 den Standpunkt, daß die Anfechtung wegen Arglist dann ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz die Wandelung eines Kaufgeschäfts auf Grund arglistiger Täuschung vorsieht, und läßt die Anfechtung wegen Betrugs weiterhin auch in den Fällen nicht zu, wo die Wandelung wegen der arglistigen Täuschung ausnahmsweise (wie beim Viehkaufe wegen eines Mangels, der kein Hauptmangel ist) ausgeschlossen ist.

6. **a) RG.** 19. 1. 10, R. **10** Nr. 833. Auch die Erklärung der Wandelung kann bei entsprechender Begründung als Anfechtung wegen Betrugs genügen. **b) RG.** 3. 6. 10, ElsLothJZ. **10** 508. Im Falle arglistiger Täuschung hat der Käufer das Recht auf Wandelung und auf Anfechtung des Vertrags. Ein Verzicht auf das Wandelungsrecht schließt nicht ohne weiteres auch den Verzicht auf das Anfechtungsrecht in sich, weil dieser regelmäßig die Kenntnis des Anfechtungsrechts und daher vor allem die Kenntnis der stattgehabten arglistigen Täuschung zur Zeit des Vertragsschlusses voraussetzt.

7. **RG.** 3. 3. 10, JW. **10** 648 f. Eine Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung ist nicht bloß dann zulässig, wenn der Getäuschte bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen hätte, sondern auch dann, wenn er den Vertrag nicht mit dem bestimmten Inhalt abgeschlossen hätte, insbesondere also bei einem Kaufvertrage nur einen geringeren als den vereinbarten Preis bezahlt haben würde.

8. Abs. 2. **a)** LeipzZ. **10** 254 (LG. Leipzig). Der Prinzipal muß die Arglist seines Reisenden gegen sich gelten lassen, da er sich desselben, wenn er auch vielleicht nicht als sein Vertreter im gesetzlichen Sinne in Frage kommt, immerhin als seines Vertrauensmanns und eines solchen, der für ihn Aufträge entgegenzunehmen und in seinem Interesse tätig zu werden hatte, bedient hat. **b)** SeuffBl. **10** 83 (Stuttgart). Ist eine Bestellung durch Betrug seitens des Reisenden erschlichen, so greift die Anfechtung des Bestellers gegen den Prinzipal auch dann durch, wenn letzterer vom Betruge keine Kenntnis hatte; der Reisende ist solchenfalls nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2.

§§ 125 ff. Widerspruch zwischen Vertragsberedung und Vertragsbeurkundung. **a) RG.** 17. 6. 10, JW. **10** 800. Allerdings gilt auch nach dem neuen bürgerlichen Rechte der Satz, daß die Urkunde die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich habe, daß sie die schließliche endgültige

Zusammenfassung des Vertragswillens der Parteien enthalte, und daß derjenige, der behauptet, daß neben oder statt des in der Urkunde Festgelegten etwas anderes habe Vertragsinhalt werden sollen, darlegen und beweisen muß, daß der Wille der Parteien gerade hierauf gerichtet gewesen und warum trotzdem das mündlich Verabredete nicht in die Urkunde aufgenommen worden sei (vgl. **RG.** **52** 23). Allein damit ist nicht ausgesprochen, daß noch ein besonderer Beweis auch dahin zu erbringen ist, daß noch bei Vollziehung der Urkunde zum Ausdrucke gekommen sei, es solle das mündlich Verabredete noch neben deren Inhalt oder statt eines Teiles seine Geltung haben. Der hierfür erforderliche Beweis kann vielmehr auch sehr wohl durch die Darlegung früherer Vorgänge erbracht werden, wenn diese so kennzeichnend und so schlüssig dafür sind, daß die Parteien beabsichtigten, das mündlich Vereinbarte unter allen Umständen Vertragsinhalt werden zu lassen. Vgl. auch Zeiler, JDR. **7** Ziff. I 1. b) **RG.** 9. 4. 10, R. **10** Nr. 1913. Widerspricht die Behauptung über eine Vertragsberedung der Vertragsbeurkundung, so genügt zur Erklärung des Widerspruchs und zur Ausräumung der Vermutung, daß der Inhalt der Urkunde der richtige und vollständige Ausdruck dessen sei, was die Vertragsteile endgültig gewollt haben, nicht die Erwägung, daß der eine Vertragsteil den mündlichen Versicherungen des anderen Glauben geschenkt und deshalb ihre Aufnahme in die Urkunde für überflüssig erachtet habe.

§ 125. 1. Bischofswerder, KGBl. **10** 25 f. Die Vereinbarung der Schriftform kann zwar jederzeit durch ausdrückliche Erklärung aufgehoben werden, und zwar nicht nur schriftlich, sondern formlos (vgl. Neumann, Handausg. Anm. III zu § 125, Danz, Auslegung d. Rechtsgeschäfte [2] 198), haben aber die Parteien vereinbart, daß Zusätze zu einem schriftlichen Vertrage, die den Vertrag abändern oder ergänzen, nur in schriftlicher Form gültig sein sollen, so wird dadurch allein, daß die Parteien ohne ausdrückliche Erklärung den Formzwang aufheben zu wollen, lediglich den Inhalt des Vertrags formlos abändern, im Zweifel das Erfordernis der Schriftform nicht beseitigt. Die Abänderung des Vertrags kann allerdings derartig sein, daß man aus ihrem Inhalte folgern muß, daß die Parteien ihre Gültigkeit in jedem Falle gewollt haben, daß sie also für diesen Einzelfall die Abrede der Schriftform haben aufheben wollen. Wann die Parteien dies gewollt haben, ist eine Tatfrage und ist im Einzelfalle zu beweisen (anders Danz aaO.).

2. *Regelsberger, JheringsJ. **58** 171. Die Heilung des Formmangels durch freiwillige Erfüllung des Versprochenen greift nicht nur in den gesetzlich anerkannten Fällen (§§ 313, 518 Abs. 2, 766) Platz, sondern bei allen Formgeboten, die lediglich den Schutz vor einem unüberlegten Willensentschluß oder die Sicherung über das Dasein des Verpflichtungswillens bezwecken.

3. **RG.** 3. 10. 10, R. **10** Nr. 4047. Bei einem formpflichtigen Vertrag unterstehen nicht nur die wesentlichen Bestandteile des Vertrags, sondern auch alle Nebenabreden dem Formzwange. Nebenabreden, bei welchen die Form nicht gewahrt ist, können aber immerhin zur Auslegung des Vertrags verwertet werden.

§§ 126, 127. Guht, DJZ. **10** 761. Bei Anwesenheit des Angerufenen am „Telewriter", einem Apparate, der nicht nur ein Fernsprechen, sondern auch ein Fernschreiben ermöglicht, muß man auch das Fernschreiben als ein in Gegenwart des anderen Teiles erfolgendes Schreiben betrachten. Es entsteht eine schriftliche Urkunde, die als eine vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnete anzusehen ist. Mittels des „Telewriters" kann somit der Schriftform des § 126 BGB. genügt werden, wenn über den Vertrag zwei gleichlautende Urkunden aufgenommen werden, von denen jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Da bei Anwesenheit des anderen Teiles am „Telewriter" im „Fernschreiben" ein Briefwechsel nicht zu erblicken ist, so genügt zur Wah-

rung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form des Vertrags nach § 127 BGB. nicht, daß der eine Telephonteilnehmer mittels des „Telewriters" dem anderen am Telephon anwesenden Teilnehmer einen bestimmten Antrag macht und der andere ihn ebenso annimmt, ohne daß zwei gleiche von den Ausstellern unterzeichnete Urkunden zustande kommen. Ist der andere Teil dagegen nicht anwesend, so ist das „Fernschreiben" einem Briefe vergleichbar.

§ 126. 1. Josef, RheinZ. **3** 28 ff. Der § 126 will mit dem Verlangen eigenhändiger Unterzeichnung der Urkunde nur ausschließen, daß ein Dritter in Leistung nur tatsächlicher Dienste als bloßer Schreiber den Namen des sachlich Beteiligten auf dessen Diktat zu Papier bringt. Dieser Fall ist nicht schon dann gegeben, wenn der Beteiligte einen anderen mit der bloßen Leistung der Unterschrift beauftragt hat, sondern nur dann, wenn positiv feststeht, daß der mit der Unterschrift Beauftragte (ähnlich einem bloßen Boten) sich gar nicht bewußt war, daß er als Willensvertreter des Auftraggebers eine rechtserhebliche Erklärung für diesen abgebe. Beiden hat die Absicht, eine Willensvertretung zu übertragen und zu übernehmen, positiv gefehlt, so etwa, wenn der Beauftragte unerwachsen oder nur minderer Bediensteter des Auftraggebers ist. Die Entscheidung darüber, ob jener erste Fall (also Bevollmächtigung zur Willensvertretung bei Schaffung der Urkunde) oder der zweite Fall (mechanische Schreibhilfe) vorliegt, steht als Rechtsfrage dem Gerichte zu. — Die Urkunde muß grundsätzlich als rechtswirksam gelten, wenn auch nur feststeht, daß auf sie mit Wissen und Willen des Beklagten dessen Namensunterschrift gesetzt ist. Folglich hat der Beklagte seinerseits Umstände darzulegen und zu erweisen, wonach diese Unterschrift sich als bloße Schreibhilfe darstellt. Nur wenn der Beklagte dies nachweist, ist die Urkunde nach § 126 unwirksam, weil das Erfordernis der Eigenhändigkeit fehlt.

2. Oehl, Unterschriftsbeglaubigung, BayNotZ. **10** 5. Der Aussteller braucht nicht mit seinem richtigen oder vollen Namen zu unterschreiben. Der Kaufmann kann seine Firma zeichnen, der Künstler sein Pseudonym, die Ehefrau ihren Mädchennamen, jedermann seinen Vornamen, der Vertreter den Namen seines Vollmachtgebers. Die Unterschrift kann in Schriftzeichen einer jeden lebenden Sprache geleistet werden, aber nicht in Geheim- oder Kurzschrift. Sie braucht nicht leserlich oder für den Notar leserlich zu sein. Eine verstümmelte Unterschrift ist als Handzeichen zu behandeln und kann als solches Gültigkeit behalten.

3. Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen (vgl. IDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 5 a u. b, **4** Ziff. I 1, **6** u. **8** Ziff. 1). a) **RG.** 27. 6. 10 (PlenBeschl.), **74** 69 ff., DIZ. **10** 1297, BankA. **10** 136. Der Vorschrift des § 126 Abs. 1 ist genügt, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform der bevollmächtigte Vertreter ausschließlich mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. Das Gesetz selbst enthält keine Vorschrift darüber, ob der Name der des Vertretenen oder der des Vertreters sein muß. Daß man nicht berechtigt, jedenfalls nicht genötigt ist, im Sinne des Gesetzes statt „Namensunterschrift" im § 126 zu lesen „seine Namensunterschrift" wird aaO. 72 ff. eingehend dargelegt. Ebenso **RG.** 9. 7. 10, WarnE. **3** 328. **b) RG.** 29. 9. 10 IW. **10** 998. Der Formvorschrift des § 126 ist genügt, wenn der Aussteller, d. i. derjenige, der die in der Urkunde enthaltene Erklärung abgibt, sie eigenhändig unterzeichnet, es steht aber nichts entgegen, daß er hier gleichzeitig als Vertreter eines Dritten und im eigenen Namen handelt, und es bedarf auch nur einer einmaligen Unterzeichnung, wenn ersichtlich ist, daß die eine Unterschrift beide Erklärungen decken soll (vgl. SeuffA. **62** 92 [Bamberg]).

§ 128. HansGZ. **10** Beibl. 53 ff. (Hamburg). Aus der Fassung des § 128, insbesondere aus den Worten „es genügt" ergibt sich, daß die weiteren zum Abschlusse des Vertrags erforderlichen Vorgänge, wie das Zugehen des Antrags und das Zugehen der Annahmeerklärung der Beurkundung nicht bedürfen. Durch die Vorschrift des § 128

sollte eine Erleichterung für die Beurkundung von Verträgen geschaffen werden, und zwar gerade nach der Richtung, daß die in der Praxis nicht immer leicht zu entscheidende Tatsache, ob eine Erklärung dem Gegner zugegangen ist, besonderer Beurkundung nicht bedürfe.

§ 129. Oehl, Unterschriftsbeglaubigung, BayNotZ. **10** 14 f. Da es im § 129 nicht heißt „die Erklärung muß schriftlich abgefaßt sein", so bildet die Fertigung des Textes nicht eine Voraussetzung der Beglaubigung der Unterschrift. Ist aber die Beglaubigung einer wenn auch noch so lückenhaften Urkunde zulässig, so muß auch die Beglaubigung einer Blankounterschrift zulässig sein.

§ 130. 1. § 130 bei Erklärungen unter Anwesenden (JDR. **4** Ziff. II 3, **5** Ziff. I 3, **6** Ziff. I 6). Max Breit, GruchotsBeitr. **55** 7 ff. macht gegen die Anwendung des § 130 bei mündlichen Erklärungen geltend, daß unter „Zugang" bloß ein sinnlich wahrnehmbarer und selbständiger Akt verstanden werden könne, wie er sich bei der Übermittelung „verkörperter" Willenserklärungen zeige. Es stehe aber nichts im Wege, den aus § 130 zu entnehmenden Gedanken, daß zur Wirksamkeit der Willenserklärung nur Wahrnehmungsmöglichkeit notwendig sei, als Ausfluß eines im Gesetzbuche nicht ausgesprochenen Grundsatzes zu betrachten, m. a. W.: Willenserklärungen als Voraussetzung der Wirksamkeit nur Wahrnehmungsmöglichkeit zu erfordern. Nirgends findet sich nämlich im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Bestimmung, daß unbedingt die „Wahrnehmung" zur Wirksamkeit gehöre, auch aus § 147 BGB. über die Annahme von Anträgen unter Anwesenden läßt sich dies nicht entnehmen: Voraussetzung dieser Bestimmung braucht kein „wahrgenommener" Antrag, sondern könnte auch ein „wahrnehmungsmöglicher" sein. — Als allgemeiner Grundsatz ergibt sich: Der Erklärende muß, braucht aber auch nur zur Wirksamkeit jeder Willenserklärung einen solchen Zustand zu bewirken, daß sie der Empfänger unter den dem Erklärenden bekannten regelmäßigen Umständen wahrnehmen könnte. Bei denjenigen Willenserklärungen, welche „zugehen" können, also bei „verkörperten", ist jener Zustand meist mit dem „Zugehen" gegeben! (8). — Der Unterschied zwischen der mündlichen und schriftlichen Willenserklärung liegt hauptsächlich darin, daß bei falscher Ausrichtung durch den Hausgenossen der Erklärende die schwerere Beweislast hat, daß er die Erklärung, und zwar die richtige abgegeben hat, einen Beweis, den er vielleicht nur selten zu erbringen vermag. Er muß ferner beweisen, daß die Wahrnehmungsmöglichkeit des Adressaten vorliegt, während bei der schriftlichen Erklärung eben im allgemeinen der äußere Akt des „Zugang" zur Wirksamkeit genügt.

2. Verhinderte Willenserklärung (JDR. **1** Ziff. 3 zu § 162, **3** Ziff. I 2, **4** Ziff. 3 c a zu § 242, **5** Ziff. I 4, **6** Ziff. I 1). Max Breit, GruchotsBeitr. **55** 15 ff. Im allgemeinen hat der Urheber für Verschulden bei der Abgabe und der Schaffung der Wahrnehmungsmöglichkeit einzustehen, weil er ja insoweit sogar Zufall zu vertreten hat, andererseits fällt aus dem gleichen Grunde dem Empfänger das Verschulden bei der Wahrnehmung zur Last. Nun kann aber der Empfänger hindernd auf die Abgabe der Arklärung und die Verschaffung der Wahrnehmungsmöglichkeit einwirken und umgekehrt der Urheber auf die Wahrnehmung. Geschieht dies vorsätzlich, so ist zwar auch dann die Abgabe der Erklärung nicht zu fingieren; aber der Erklärungswillige kann wirksam die Erklärung nach Beseitigung der Verhinderung vornehmen und der Erklärungsempfänger kann sich dann nicht etwa auf Verspätung berufen; die Fiktion bezieht sich mithin lediglich auf die Rechtzeitigkeit der Abgabe. Über fahrlässige Verhinderung vgl. Näheres aaO. 19 ff.

3. a) *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 20—36. Unter Willenserklärungen „unter Abwesenden" im Sinne des § 130 sind alle verkörperten Willenserklärungen und nur die verkörperten Willenserklärungen zu verstehen. Es fallen

also auch schriftliche Willenserklärungen unter Anwesenden darunter. Hingegen gehören nicht unter den § 130 die telephonischen Willenserklärungen.

b) Weil die verkörperten Willenserklärungen schon mit dem Zugange wirksam werden, hat ein Mißverständnis des Adressaten (er liest falsche Worte oder deutet den Inhalt der Erklärung falsch) auf die Gültigkeit der Erklärung keinen Einfluß. Solches Mißverständnis verschafft bei einseitigen Willenserklärungen dem Adressaten weder ein Anfechtungsrecht noch (falls es nicht gerade vom Erklärenden dolos hervorgerufen oder unterhalten worden ist) einen Schadensersatzanspruch. *Titze, Mißverständnis 202—207.

c) Für die nicht verkörperten Willenserklärungen (insbes. also die mündlichen) findet sich über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens keine Bestimmung im Gesetze. Bei der Frage, inwieweit hier ein Mißverständnis des Adressaten der Gültigkeit der Willenserklärung schadet, ist zwischen Wahrnehmungsfehlern und bloßen Deutungsfehlern des Adressaten zu unterscheiden. Der Deutungsfehler des Adressaten schadet der Gültigkeit der Willenserklärung keinesfalls. Der Wahrnehmungsfehler schadet ihr grundsätzlich auch nicht. Er schadet ihr aber dann, wenn der Erklärende ihn gleich nach Erklärungsabgabe bemerkt hat oder bemerken konnte. Das ergibt die Formel: „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie mündlich erfolgt, wirksam, sobald sie dem Adressaten so nahe gebracht worden ist, daß dieser sie unter normalen Umständen wahrnehmen konnte. Die Erklärung wird nicht wirksam, wenn der Adressat die Erklärungszeichen nicht oder nicht richtig wahrgenommen hat und der Erklärende den Mangel der Wahrnehmung unmittelbar nach der Erklärungsabgabe bemerken mußte." *Titze, Mißverständnis 11—16, 207—226. Über die einzelnen Konsequenzen jener Formel s. 226—250.

d) Jene Formel gilt auch da, wo der Adressat sich der Wahrnehmung absichtlich entzieht. Doch ist solchenfalls dem Erklärenden bei befristeten Willenserklärungen eventuell im Wege der Fristverlängerung zu helfen. *Titze, Mißverständnis 257 ff.

e) Über den Zeitpunkt der Wirksamkeit mündlicher Willenserklärungen bei bloß absendungsbedürftigen Erklärungen *Titze, Mißverständnis 250 ff.

f) Über den Verzicht auf das Zugangserfordernis *Titze, Mißverständnis 272 ff.

g) Das Gesetzbuch kennt keine schlechthin wahrnehmungsbedürftigen Erklärungen. Eine Ausnahme macht bis zu einem gewissen Grade die Mitteilung im § 571 Abs. 2 Satz 2. *Titze, Mißverständnis 277 ff.

h) Über den Zeitpunkt der Wirksamkeit mündlicher (insbes. auch telephonischer) Erklärungen, die in Abwesenheit des Adressaten an einen von dessen Hausangehörigen abgegeben werden, s. *Titze, Mißverständnis 314 ff.

i) Über den Zeitpunkt der Wirksamkeit von Willenserklärungen, die einem Empfangsboten gegenüber abgegeben werden, *Titze, Mißverständnis 288 ff.

4. **a)** *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 391 ff. Trotz des irreführenden Wortlauts des Gesetzes ist jede Willenserklärung richtungsbedürftig, d. h. einem anderen gegenüber abzugeben. Dagegen ist — gegen Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 314 ff. — nicht jede Willenserklärung empfangsbedürftig. In der Regel ist allerdings zur Wirksamkeit der Erklärung deren Zugang erforderlich. Ausnahmsweise läßt aber das Gesetz die Erklärung schon in dem Stadium wirksam werden, in dem sie aus dem Lebenskreise des Erklärenden hinaustritt; so bei der Stiftung, dem Testament, im Falle der öffentlichen Zustellung nach § 132 Abs. 2 BGB. Ob das Gesetz eine derartige Ausnahme für ein Rechtsgeschäft zulassen will, ist im Einzelfalle zu prüfen. Näheres vgl. o. §§ 116 ff. Ziff. 2. **b)** *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 191 ff. Das Zugangserfordernis erstreckt sich nur auf diejenigen Willens-

erklärungen, die nach dem Willen der Rechtsordnung einem anderen gegenüber abgegeben werden müssen (sog. empfangsbedürftige Erklärungen). Die nicht empfangsbedürftigen Erklärungen unterliegen dem Zugangserfordernis auch dann nicht, wenn sie in einzelnen Fällen tatsächlich einem anderen gegenüber abgegeben worden sind (gegen Binder, Rechtsstellung des Erben I 86 ff.).

5. OLG. **20** 58 (Breslau). Angebot und Widerruf, die Sonntags in den Geschäftsbriefkasten des Empfängers gelangen, sind ihm erst mit Beginn der Geschäftsstunden am Montage zugegangen.

§ 131. 1. Der § 131 gilt nur für empfangsbedürftige Erklärungen. Für nicht empfangsbedürftige kommt er auch dann nicht in Frage, wenn eine solche Erklärung im einzelnen Falle tatsächlich einem nicht Geschäftsfähigen gegenüber abgegeben worden ist. *Titze, Mißverständnis 33 Anm. 13.

2. Über die Wirkung von Mißverständnissen, die sich bei der Erklärungsabgabe an nicht geschäftsfähige Personen einschleichen, vgl. *Titze, Mißverständnis 306 ff.

§ 132. *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 398. Die öffentliche Zustellung nach Abs. 2 enthält eine bloße Fiktion des Zugehens. Es kann also hiernach auch eine sonst empfangsbedürftige Willenserklärung ausnahmsweise ohne Zugehen wirksam werden.

§ 133. I. 1. *Henle, Gött. gel. Anz. **08** 478 ff. a) Über Individualisierung des Auslegungsmaterials (Abgrenzung der Umstände) s. oben zu § 122 Ziff. 2. b) Mehrdeutigkeit. Eine vom Erklärungsempfänger entgegengenommene mehrdeutige Erklärung hat den Sinn, den der Erklärende meinte (478). c) Der Sinn jener irrigen Erklärung wird nicht dadurch korrigiert, daß der Erklärungsempfänger sie infolge eigenen Irrtums in dem gemeinten Sinne versteht (485).

2. *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 83 ff., insbes. 85 Anm. 5. Die Norm des § 133 ist in der allgemeineren Norm des § 157 schon von selbst erhalten. § 133 ist also neben dem § 157 entbehrlich. Ja, beide Paragraphen sind in letzter Linie nichts weiter als eine selbstverständliche Konsequenz des richtig verstandenen Erklärungsbegriffs.

3. *Stahl (vgl. unten zu § 321) 80 ff. über das Verhältnis des § 133 zur clausula rebus sic stantibus.

4. *Klein, ÖstZBl. **29** 99 ff., legt dar, inwieweit § 133 auf Rechtshandlungen im engeren Sinne Anwendung findet.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 4. 7. 10, JW. **10** 801. Der Pflicht zur Auslegung ist der Richter nur dann überhoben, wenn die Auslegung unmöglich ist, wenn insbesondere der Inhalt der Urkunde ein so widerspruchsvoller oder so widersinniger ist, daß daraus nicht festgestellt werden kann, was die Parteien gewollt haben.

2. Mündliche Nebenabreden (vgl. zunächst oben §§ 125 ff. u. JDR. **7** Ziff. 1 d u. 2 a). a) **RG.** 3. 10. 10, JW. **10** 999. Die Vorschrift des § 133 BGB. gilt auch für Rechtsgeschäfte, die gesetzlich einer Form bedürfen (vgl. **RG. 59** 217, JW. **04** 58, SeuffA. **59** 92, DJZ. **04** 506). Die Benutzung formloser Nebenabreden zur Auslegung formbedürftiger Rechtsgeschäfte findet in dem Erfordernis ihre Schranke, daß der formlos erklärte Wille in der formellen Erklärung seinen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muß (vgl. **RG. 67** 204). b) **RG.** 10. 11. 09, R. **10** Nr. 6. Neben Bestätigungsschreiben, die nur einen Teil des mündlichen Abkommens wiedergeben, gelten die mündlichen Abreden.

3. **RG.** JW. **10** 934. Der angebliche Grundsatz, daß Pönalstipulationen nicht extensiv interpretiert werden dürften, läßt sich nicht aufrechterhalten. Unter der Herrschaft des jetzigen Rechtes muß auch für Strafvorschriften der § 133 BGB. maßgebend sein.

4. R. **10** Nr. 2472 (BayObLG.). Ein Verzicht ist auch dann rechtswirksam erklärt und angenommen, wenn die Urkunden das vom Verzicht abhängig gemachte Angebot als Hauptgeschäft und den Verzicht selbst nur als Zustimmung bezeichnen.

5. **RG.** 2. 12. 09, JW. **10** 61 f. Die Willensmeinung einer bei der Testamentserrichtung hinzugezogenen Urkundsperson ist gegenüber dem Willen des Erblassers völlig unerheblich, denn die Urkundsperson ist nur das Werkzeug, durch das der Erblasser seinen Willen erklärt. Die Urkundsperson hat nur den Willen des Erklärenden in eine diesem Willen entsprechende Form zu bringen. Der Wille des Erblassers ist auch dann als erklärt anzusehen, wenn er dem Beurkundenden nicht erkennbar geworden ist. Die Auffassung, die die Urkundsperson von der Willensrichtung des Erblassers gewinnt, kann allerdings von großer Bedeutung für den Beweis der Willensmeinung des Testierenden sein, nicht aber dessen Willenserklärung selbst ersetzen. Diese kann eine von der Auffassung der Urkundsperson abweichende und trotzdem wirksam beurkundete sein. Die Möglichkeit, daß in den nämlichen Worten der Erblasser etwas anderes ausgedrückt findet, als die Urkundsperson ausdrücken will, ist nicht ausgeschlossen. Liegt sie vor, so ist sie für die Auslegung beachtenswert.

6. **RG.** R. **10** Nr. 5. Die Erklärung des Gläubigers, daß die geschuldete Summe ihm bis zu einem bestimmten Tage „einzusenden" ist, ist regelmäßig dahin zu verstehen, daß bis zu dem bestimmten Tage das Geld bei ihm eingegangen sein muß.

§ 134. 1. HansGZ. **10** Beibl. 60 (Hamburg). Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts tritt nach § 134 auch dann ein, wenn sich das gesetzliche Verbot nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richtet. Aber auch dies ist da nicht der Fall, wo sich eine Strafandrohung nur gegen die Umstände, unter denen und gegen die Absicht, in der ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, nicht aber gegen das betreffende Rechtsgeschäft als solches richtet. Gegen das Rechtsgeschäft als solches richtet sich ferner dasjenige Verbot nicht, welches nur die Willenserklärung der einen Partei unter Strafe stellt, auch insoweit wird sich daher regelmäßig die Folge der Nichtigkeit nicht ergeben (vgl. **RG. 51** 401, **60** 273, JDR. **4** Ziff. II 1). Ein gegen das N a h r u n g s m i t t e l g e s e t z verstoßender Verkauf ist nicht als nichtig zu behandeln.

2. **RG.** DJZ. **10** 1025. § 89 b GewO. beschränkt im öffentlichen Interesse die Befugnis der Innungsvertreter zur Veräußerung von Gegenständen mit einem geschichtlichen, wissenschaftlichen oder Kunstwerte, hat also die Wirkung eines gesetzlichen Verbots. Die Veräußerung ohne Genehmigung ist nichtig und die Nichtigkeit erstreckt sich auf das Erfüllungsgeschäft. Der gute Glaube des Erwerbers schützt nicht.

3. R. **10** Nr. 1482 (Hamburg). Das Verbot der Benutzung eines bundesstaatlichen Wappens hat nicht die Nichtigkeit eines Werkvertrags, gerichtet auf die Herstellung von Düten mit dem Wappen, zur Folge.

4. **RG.** 9. 7. 09, SeuffA. **65** 235. Im Apothekenbetriebe ist die Zuziehung eines stillen Gesellschafters nicht unzulässig; das gesetzliche Erfordernis, daß nur ein approbierter und konzessionierter Apotheker den betreffenden Betrieb ausüben darf, steht einem solchen Vertragsverhältnisse nicht entgegen.

5. *K l e i n , SeuffBl. **11** 117 ff. § 134 bezieht sich nur auf Rechtsgeschäfte, nicht auf Rechtshandlungen im engeren Sinne.

§§ 135, 136. *V o ß , LeipzZ. **10** 520 ff., 592 ff. In den §§ 135, 136 BGB., wie in den §§ 7, 29 KO. kehrt gleichmäßig der Begriff „Unwirksamkeit" wieder. Auch für das Anfechtungsrecht ist — im Gegensatze zu dessen schuldrechtlicher Begründung — von der rechtsverneinenden Bedeutung jenes Begriffs auszugehen. Sie beruht auf Erwägungen von zwingender Kraft, die in der Begründung der Entwürfe, in Theorie und Rechtsprechung bisher nicht rein zur Darstellung gebracht sind. Im Anfechtungsrechte kommt auch ein Verbot, nämlich ein solches der guten Sitten zur Geltung, das durch die schuldrechtliche Theorie des Anfechtungsanspruchs nicht ausgeschaltet, sondern höchstens modifiziert worden ist. Das Veräußerungsverbot der §§ 135, 136 BGB., § 7 KO. führt zu einer qualitativen Zerlegung des betroffenen Rechtes. Der Erwerber erlangt dieses Recht nicht in seiner substantiellen Vollkommen-

heit, sondern nur in seiner verkehrsmäßigen Erscheinung. Die dem Verkehr entzogene Substanz bleibt bei dem Verbotsträger als Grundlage des dem Geschützten zustehenden Schutzrechts. Dies ist auch der Grundgedanke, der in der Anfechtung „als unwirksam" zur Geltung gebracht wird. Nur wirkt auf den unvollkommenen Erwerb der Verbotsschutz der §§ 135, 136 BGB., § 7 KO. in aufschiebender, die Anfechtung „als unwirksam" in auflösender Richtung. Es gilt, das in dem relativen Veräußerungsverbot enthaltene Schutzprinzip für die möglichst durchgreifende Beseitigung der Folgen anfechtbarer Veräußerung dienstbar zu machen. Die wichtigste Einzelanwendung des Verbotsschutzes liegt in der Förderung des Aussonderungsrechts zugunsten der Anfechtungsgläubiger im Konkurse des Anfechtungsgegners. Sie rechtfertigt sich durch die anerkannte Stellung des Anfechtungsrechts als eines Hilfsmittels der Vollstreckung.

§ 135. 1. *Schachian, Relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte 2 ff., 190 ff. ⁑ Rechtsgeschäfte, die gegen ein Veräußerungsverbot der im § 135 BGB. bezeichneten Art verstoßen, unterliegen der relativen Unwirksamkeit. Die relative Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, welche auf einem Mangel in seinen objektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen beruht, begrenzt sich proportionell der Tragweite des jeweils durch das Veräußerungsverbot zu schützenden Rechtes. Ist dieses absolut, so ist die relative Unwirksamkeit eine objektive, d. h. eine solche, die alle Personen geltend machen können (z. B. im § 23 ZVG.); ist das zu schützende Recht ein relatives (am häufigsten der Anspruch aus einem Kaufvertrage), so können sich nur bestimmte Personen — jedoch regelmäßig nicht allein die Träger des betreffenden Rechtes! — auf die relative Unwirksamkeit berufen. Hauptsächliche Grenze der relativen Unwirksamkeit aus § 135 BGB. ist also der Schutz eines Rechtes; eine etwaige subjektive Begrenzung ist erst sekundäre Erscheinung.

2. *Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbote. Das Ziel des § 135, die verbotswidrige Veräußerung dem Geschützten gegenüber unschädlich zu machen, läßt sich ohne die logisch und praktisch verwerfliche Annahme einer relativen Unwirksamkeit mit Mitteln erreichen, die die Rechtsordnung sonst zur Verfügung stellt. Die Mittel sind nach der Verschiedenheit der Fälle verschieden. Die verbotswidrige Übertragung eines bestehenden Rechtes ist vollwirksam, aber der Erwerber und seine Nachmänner sind in Erweiterung des im § 888 BGB. ausgesprochenen Gedankens dem Geschützten obligatorisch verpflichtet, zu der von dem Veräußerer dem Geschützten geschuldeten Verfügung ihre Zustimmung im Sinne des § 185 BGB. zu geben. Hat der Geschützte nur das Recht, daß der Veräußerer sein Recht behält, so kann er von dem Erwerber und seinen Nachmännern Rückübertragung an den Veräußerer verlangen. Auch die verbotswidrige Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes ist vollwirksam; der Geschützte kann aber von dem Erwerber ꝛc. den Verzicht auf das erworbene Recht verlangen, falls er von dem Veräußerer die Übertragung des betreffenden Gegenstandes fordern kann (war eine Hypothek bestellt, so ist sie nicht als nichtig zu behandeln, sondern sie geht infolge des Verzichts auf den Geschützten über); geht der Anspruch des Geschützten gegen den Veräußerer auf Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechtes, so kann jener von dem Erwerber ꝛc. die Einräumung des Vorranges verlangen; ist aber das Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen, so behält der Veräußerer in analoger Anwendung des § 881 BGB. das Recht, dem zu bestellenden Rechte des Geschützten den Vorrang vor dem Rechte des Erwerbers ohne dessen Mitwirkung einzuräumen. Der verbotswidrige Verzicht ist wie die verbotswidrige Übertragung zu behandeln, wenn ein Dritter das aufgegebene Recht erworben hat; ist auf ein beschränktes dingliches Recht verzichtet, so kann der Geschützte von dem Eigentümer ꝛc. die Wiederherstellung des Rechtes und von den Inhabern der infolge des Verzichts aufgerückten Rechte die Wiedereinräumung des Vorranges verlangen; dies gilt insbesondere bei

der Löschung einer Hypothek, das Grundbuch wird also durch das relative Veräußerungsverbot für Löschungen nicht gesperrt. Bei Forderungen bewirkt das relative Veräußerungsverbot, daß die Forderung trotz der Erfüllung usw. bestehen bleibt, bis das Verbot wegfällt, aber der Schuldner erwirbt gegen den Gläubiger und seine nicht durch das Verbot geschützten Nachfolger eine Einrede, kraft deren er ihnen nicht noch einmal zu leisten braucht, auch kann er schon die erstmalige Erfüllung verweigern.

3. Über *Wünschmann, Pactum de non cedendo, GruchotsBeitr. **54** 209 ff., vgl. unten Ziff. 5 a zu § 399.

§ 136. *Herold, Die Eintragung gerichtlicher Veräußerungsverbote als Grenze der Anspruchssicherung im Grundbuche, SächsRpflA. **10** 321—331. Die Eintragung eines gerichtlichen Veräußerungsverbots setzt zwar voraus, daß das Recht, gegen das es sich richtet, aus dem Grundbuche hervorgeht, doch genügt es, wenn dieses Recht lediglich durch einen Widerspruch oder eine Vormerkung gesichert ist. Das Veräußerungsverbot kann sich nur gegen veräußerliche Rechte richten, deshalb bilden dazu andere Veräußerungsverbote, Rangvorbehalte und ähnliche Nebenrechte für sich allein keine genügende Unterlage. Ebenso ist seine Eintragung ausgeschlossen, wenn es sich zwar um veräußerliche Rechte handelt, diese aber unser Grundbuchsystem nicht als solche aufgenommen hat, sondern nur zum Ausschlusse des Grundbuchglaubens vermerken läßt. Deshalb können gegen Nacherbrechte während der Vorerbschaft und gegen nur künftig mögliche Eigentümergrundschulden Veräußerungsverbote nicht eingetragen werden. Veräußerungsverbote sind zum Schutze sowohl persönlicher, wie dinglicher Ansprüche — z. B. aus §§ 873, 925 BGB. — gegeben. Sie können durch einstweilige Verfügung erlassen werden, doch ist zu beachten, daß Pfändungsbeschlüsse nach §§ 829 Abs. 1, 857 Abs. 2 ZPO. ein Veräußerungsverbot enthalten und so unmittelbar als Eintragungsunterlage für dieses dienen können. Ein Hauptanwendungsfall für die Eintragung von Veräußerungsverboten ist gegeben, wenn Eigentümergrundschulden entstanden sind und zur Erlangung eines Widerspruchs zugunsten des Eigentümers genügend nachgewiesen werden können. Die statt dessen häufig angewendete Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist falsch, zum Mindesten ungenau. Der Widerspruch ist zunächst einzutragen. Weiter findet das Veräußerungsverbot insbesondere Anwendung als Schutz gegen Verfügungen über bloß vorgemerkte Ansprüche, bei Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung und bei Pfändung von Anteilen an erbengemeinschaftlichem Vermögen. Endlich ist es von großer Bedeutung bei der oft ungemein dringlichen und gefährdeten Anfechtung von dinglichen Verträgen wegen Irrtums oder Betrugs, solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Hier ist angebracht durch einstweilige Verfügung gemäß §§ 940, 938 ZPO. die angefochtenen Erklärungen einstweilig außer Kraft zu setzen und so als Eintragungsunterlage untauglich zu machen. Zugleich aber muß dann zum Schutze des Antragsgegners ein einstweiliges Veräußerungsverbot gegen den Antragsteller selbst erlassen und in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 137. 1. *Dahlsheimer, Übertragung des Urheberrechts 66 ff. Die Bestimmung des § 399 BGB., daß die Abtretung der Forderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werden kann, ist speziell auf die Forderungsrechte und deren rechtliche Natur zugeschnitten. Wenn die Abtretung der Forderung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen wird, so wird damit der Inhalt des Forderungsrechts, seine rechtliche Qualität verändert. Dasselbe wird dadurch aus einem veräußerlichen in ein unveräußerliches Recht umgewandelt. Das Urheberrecht aber ist im Gegensatze zum Forderungsrecht ein absolutes, gegenüber jedem Dritten wirkendes Recht, bei dem ein „Schuldner" im technischen Sinne fehlt,

und es können deshalb die Grundsätze der Zession insoweit bei der Übertragung des Urheberrechts nicht zur Anwendung kommen, als sie wie im § 399 BGB. ihrer Natur nach einen solchen „Schuldner" voraussetzen. Nach § 413 BGB. ist die entsprechende Anwendung der §§ 398—412 BGB. nur insoweit geboten, als das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt. Das tut es aber im § 137 BGB. in Verbindung mit § 8 LUG., wonach das Urheberrecht ein veräußerliches Recht ist und die Befugnis zur Verfügung über ein solches Recht mit Wirkung gegenüber Dritten nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Demnach wirkt die Vereinbarung zwischen Urheber und erstem Erwerber des Urheberrechts, die Weiterübertragung des Rechtes solle ausgeschlossen oder beschränkt sein, nur unter den Parteien. Dagegen wirkt die Vereinbarung des Ausschlusses der Weiterübertragung nicht gegenüber Dritten, insbesondere auch nicht gegenüber dem weiteren Erwerber. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur für das Verlagsrecht kraft positiver Vorschrift im § 28 Satz 1 VerlG. (a. M. Riezler bei Staudinger [5/6] Bem. 3 zu § 137 BGB.; derselbe, Deutsches Urheberr. u. Erfinderrecht 88, 303, 309).

2. a) **RG.** 29. 1. 10, R. **10** Nr. 1064. § 137 Satz 2 läßt obligatorische Veräußerungsbeschränkungen und folgeweise auch Vertragsstrafen für den Fall der Zuwiderhandlung zu. Ebenso ist die Sicherung der obligatorischen Verpflichtung zur Entrichtung von Vertragsstrafen durch Eintragung von Sicherungshypotheken nicht verboten. **b)** R. **10** Nr. 2153 (Rostock). Eine Eintragung des Inhalts, daß der Eigentümer das Grundstück nur mit Genehmigung eines anderen teilen darf, ist unzulässig.

§ 138. I. 1. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, behandelt 74 ff. den Begriff der „guten Sitten" unter Berücksichtigung der Ausführungen Hagens, GruchotsBeitr. **52** 497 ff., und Dicks, JDR. **8** Ziff. I 1. Er führt aus: Der Verstoß wider die guten Sitten ist ein Verstoß wider die Sittlichkeit. Die „guten Sitten" des BGB. sind ein Rechtsbegriff, kein Moralbegriff, sie bezeichnen eine dem Wesen des Rechtes adaptierte Moral. Die Rechtsmoral ist veräußerlicht, sie trägt gröbere Züge als ihre Mutter, die reine Sittenlehre. Die Rechtsmoral stellt von vornherein nur bestimmte Mindestforderungen auf, die innegehalten werden müssen (77). — Die Standesmoral eines einzelnen Standes kann das Recht nicht unter den guten Sitten berücksichtigen (82 ff.). Deshalb erheben sich schwere Bedenken gegen **RG. 66** 139 ff., 143 ff. [Verkauf einer ärztlichen Praxis]. Insbesondere ist es verfehlt, allgemeine und bewußt allgemein gehaltene Gesetzesvorschriften aus Sonderdisziplinargesetzen und Aussprüchen eines Standesehrengerichts zu interpretieren. Es ist schließlich nicht abzusehen, warum aus den für den obersten Gerichtshof maßgebenden Gesichtspunkten nicht auch der Verkauf einer Privatschule (d. h. nicht nur des Gebäudes und Inventars, sondern eben der Schule), an welchem bisher niemand etwas Anstößiges gefunden hat, wider die guten Sitten verstoßen sollte (87).

2. *Herzog, Zum Begriffe der „guten Sitten" im BGB. Unter den „guten Sitten" sind zu verstehen die jeweiligen vom deutschen Reichsvolk als Gesamtheit geübten und von ihm als gut, d. h. für sein Gemeinschaftsleben wertvoll anerkannten positiven Regeln der „Sitte" in demjenigen technischen Sinne dieses Wortes, wie ihn R. v. Jhering („Der Zweck im Recht") herausgearbeitet und W. Wundt („Ethik") definiert hat. Dazu gehören auch die sog. Standes- und die lokalisierten Sitten dann, wenn sie wirklich „Sitten", d. h. von der Gesamtheit gebilligt sind und ihre ständisch oder örtlich beschränkte Übung lediglich auf praktischer Notwendigkeit beruht. Nicht kommen in Betracht die überlebten Sitten, nicht die bloß lokalen „Bräuche", nicht die „Unsitten", nicht die „indifferenten" Sitten, auch nicht die „Moral" oder „Sittlichkeit" im engeren Sinne. Nur wenn es für den Einzelfall an einer einschlagenden positiven Regel der Sitte fehlt, hat der Richter die benötigte Norm

aus den sittlichen Anschauungen der Gesamtheit des deutschen Reichsvolkes abzuleiten, genau so gut, wie er im Mangel einschlagender, aus der positiven Rechtsordnung zu schöpfender Normen — bewußt oder unbewußt — auf die allgemeinen Rechtsanschauungen als Quelle seiner Entscheidung zurückgreift. — In den §§ 817, 819 Abs. 2, 826 BGB. und Art. 30 EGBGB. hat der Begriff „die guten Sitten" dieselbe Bedeutung wie im § 138 Abs. 1.

3. Charlotte Reichel, Dienstvertrag der Krankenpflegerinnen, Jena 1910. Konkurrenzklauseln mit Krankenpflegerinnen sind als „gegen die guten Sitten verstoßend" nichtig. Konkurrenzklauseln mit jahrelanger Bindung und verhältnismäßig hohen Konventionalstrafen, auf ganze Stadt- und Landkreise ausgedehnt, finden sich beim Roten Kreuze, bei Vaterländischen Frauenvereinen und anderen Anstalten.

4. *Klein, SeuffBl. **11** 117 ff. § 138 bezieht sich nur auf Rechtsgeschäfte, nicht auf Rechtshandlungen im engeren Sinne.

II. Aus der Praxis. A. Allgemeine Gesichtspunkte. 1. Einfluß der Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts auf das dingliche Erfüllungsgeschäft (JDR. **5** Ziff. 7 I A α β, **6** u. **7** Ziff. II A a). SächsRpflA. **10** 178 f. (Dresden). Wenngleich aus der Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts nicht grundsätzlich die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts herzuleiten ist, kann doch im einzelnen Falle die Nichtigkeit des obligatorischen Kaufvertrags die Nichtigkeit der auf Grund desselben erfolgten Eigentumsübertragung zur Folge haben (vgl. **RG. 69** 16).

2. **RG.** 30. 11. 09, ElsLothJZ. **10** 285, SeuffA. **65** 177. Bei einem Vertrage genügt zur Nichtigkeit nicht die einseitige Verfolgung eines unsittlichen Zweckes durch die eine Vertragspartei, wenn der unsittliche Zweck des Vertrags außerhalb von Leistung und Gegenleistung liegt. Hat die andere Partei von dem unsittlichen Zweck keine Kenntnis, so wird der Vertrag seiner Gesamtheit, seinem Inhalt und Gegenstande nach noch nicht unsittlich, sondern es handelt sich dann nur um einen unsittlichen Beweggrund des einen Vertragschließenden, wodurch nicht der Charakter des gesamten Vertrags bestimmt wird (vgl. **RG. 63** 391, **71** 193).

B. Einzelne Fälle. 1. Gastwirtswesen (JDR. **3** Ziff. 6 B a, **4** Ziff. 9 I B a, **5** Ziff. 7 I B a, **6**, **7**, **8** Ziff. II B 1). a) SeuffBl. **10** 223 (Nürnberg). Ein Vertrag, wonach ein Weinwirt sich gegen Gewährung eines Darlehens verpflichtet, sechs Jahre lang sämtlichen Wein von der Darleiherin oder der von ihr bezeichneten Firma auch dann zu beziehen, wenn das Darlehen früher zurückgezahlt werden sollte, ist nichtig. **b)** BayObLG. **11** 1. Die Bestimmung eines Kaufvertrags über ein Wirtschaftsanwesen, wonach der Kaufpreis sich um einen nicht unerheblichen, durch Hypothekeintragung gesicherten Betrag erhöhen soll, wenn von dem Käufer oder seinen Rechtsnachfolgern der vereinbarte Bierbezug aus der Brauerei des Verkäufers eingestellt wird, stellt sich als eine Umgehung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 und des § 10 GewO. dar, und verstößt gegen die Grundsätze der persönlichen Freiheit und der gewerblichen Freizügigkeit sowie gegen die guten Sitten. Die hieraus sich ergebende Rechtsunwirksamkeit der Hypothekeintragung kann der Sonderrechtsnachfolger des Käufers gegen den Verkäufer geltend machen; dabei ist ohne Belang, daß er die Sachlage bei Erwerb des Anwesens gekannt hat. **c)** OLG. **20** 50 (Braunschweig). Die Verabfolgung von Getränken an einen Angetrunkenen, der damit andere freihält, zu angemessenen Preisen, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

2. Bordellwesen (JDR. **5** Ziff. 7 I B b, **6**, **7**, **8** Ziff. II B 2). a) BayObLG., SeuffBl. **10** 37. Der als Vergehen der Kuppelei strafbare Bordellbetrieb ist auch dann ein unsittliches Unternehmen, wenn die Polizeibehörde zur Verhütung noch schlimmerer Mißstände ihn unter gewissen Voraussetzungen dulden zu sollen glaubt. Daraus folgt nicht, daß jedes Rechtsgeschäft nach § 138 BGB. nichtig ist, das von dem einen Teile in der dem anderen Teile bekannten Absicht vorgenommen

wird, das unsittliche Unternehmen zu fördern, sondern die Nichtigkeit tritt nur ein, wenn das Rechtsgeschäft seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten verstößt, wenn der auf Ermöglichung oder Förderung des unsittlichen Unternehmens gerichtete Zweck in das Rechtsgeschäft aufgenommen, zu einem Bestandteile seines Inhalts gemacht wird (vgl. **RG. 63** 346, 367, **68** 97). Der Kauf eines Hauses ist nicht deswegen nichtig, weil der Käufer, wie der Verkäufer weiß, das Haus zum Bordellbetriebe zu benutzen vor hat, es verstößt aber gegen die guten Sitten, wenn das Haus als dem Bordellbetriebe dienendes und als solches bekanntes Gebäude verkauft wird, wenn die Eigenschaft des Hauses als Betriebsstätte eines Bordells im Sinne der Vertragschließenden wesentliche Eigenschaft der verkauften Sache ist. **b)** OLG. **20** 51 (Braunschweig). Der Verkauf von Bordellinventar auf tägliche Abzahlung verstößt nur dann gegen die guten Sitten, wenn der Verkäufer dadurch ein unmittelbares pekuniäres Interesse an dem Bordellbetriebe gewonnen hatte. **c)** SchlHolstAnz. **10** 343 (Kiel). Die Nichtigkeit des Kaufvertrags über ein Grundstück, das zum Bau eines Bordells bestimmt ist, erstreckt sich auch auf die für das Restkaufgeld eingetragene Hypothek. **d)** HansGZ. **10** Beibl. 280 (Hamburg). In der Gewährung eines Darlehens seitens einer Brauerei an einen Bordellwirt ist nicht schon ein wegen Unsittlichkeit nichtiger Vertrag zu erblicken, wenn die Brauerei gewußt hat, daß das gegebene Geld zur Begründung eines Bordells verwendet werden soll. **e)** SchlHolstAnz. **10** 286 (Kiel). Ob ein Bauvertrag, der ein Haus zum Gegenstande hat, das Bordellzwecken dienen soll, gegen die guten Sitten verstößt, ist nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden.

3. Arbeits- und Dienstverhältnis (JDR. **5** Ziff. 7 I B c, **6**, **7**, **8** Ziff. III B 3). **a)** **RG.** 26. 11. 09, JW. **10** 5, BankA. **10** 172, KfmG. **6** 165, GruchotsBeitr. **54** 616 ff. Es widerstreitet den guten Sitten, den Auffassungen, die der anständig und gerecht Denkende von der Entlohnung geleisteter Dienste hat, einen Handlungsgehilfen, der kein Vermögen besitzt, ohne ihm ein bestimmtes Gehalt zuzubilligen, an dem Verluste des Geschäfts derart zu beteiligen, daß er für seine geleisteten Dienste nichts erhält, sobald die Geschäftsergebnisse ungünstig werden. **b)** LG. III Berlin, KfmG. **6** 162 ff., erachtet die Vereinbarung, daß ein Zweiggeschäftsleiter für alle Fehlbeträge ohne Rücksicht auf Verschulden zu haften habe, für unsittlich, selbst bei einem Monatsgehalte von 100 M. und Umsatzprovision. **c)** KfmG. Cöln, GewuKfmG. **15** 159 ff. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn eine Beamtenpensionskasse, bei der kein Beitrittszwang stattfindet, in ihrem Statute bestimmt, daß 25 pCt. der gezahlten Beiträge beim Dienstaustritte verfallen.

4. Konkurrenzverbot (JDR. **5** Ziff. 7 I B d, **6**, **7**, **8** Ziff. II B 4). **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 780. Die Höhe der für die Übertretung des Konkurrenzverbots bestimmten Strafe macht für sich allein den Vertrag nicht nichtig. **b)** GewG. Charlottenburg, GewuKfmG. **15** 37 ff. Ein Konkurrenzverbot, das den Arbeitnehmer für eine bestimmte Zeit in seiner Erwerbsfähigkeit völlig lahmlegt, verstößt gegen die guten Sitten.

5. Ärztliche Praxis (JDR. **1** Ziff. 3 u. 2 g, **2** Ziff. 6 I b, **5** Ziff. 4, **6** u. **8** Ziff. II B 7, **7** Ziff. II B 8). **a)** R. **10** Nr. 2154 (Cassel). Der Verkauf einer zahnärztlichen Praxis zu dem nach dem Ertrage bemessenen Preise von 30 000 M. unter gleichzeitiger Verpflichtung, innerhalb von 10 Jahren an dem Orte der bisherigen Niederlassung und in einem Umkreise von 10 Meilen um diesen Ort sich weder als Zahnarzt niederzulassen noch direkt oder indirekt an einer zahnärztlichen Praxis sich zu beteiligen, verstößt auf seiten des Verkäufers und auf seiten des Käufers gegen die guten Sitten. **b)** OLG. **20** 45 (Braunschweig). Es widerspricht nicht den guten Sitten, wenn der Kaufpreis für das Grundstück und das Fuhrwerk eines Arztes mit Rücksicht darauf, daß von dem Grundstück aus und mit dem Fuhrwerke bislang eine ärztliche Praxis betrieben wurde, höher bemessen wird, als er sonst veranschlagt

worden wäre. Vorausgesetzt ist nur, daß dadurch kein Mißverständnis zwischen dem wahren Werte und dem vereinbarten entsteht oder sonst der Vertrag über den Verkauf des Grundstücks einen verschleierten Verkauf der ärztlichen Praxis enthält. c) WürttJ. **22** 322 (Stuttgart). Der Verkauf einer ärztlichen Praxis durch die Witwe eines Arztes verstößt nicht gegen die guten Sitten. **d)** OLG. **20** 46 (Frankfurt). Eine Konkurrenzklausel zwischen amerikanischen Zahnärzten, die auf einer dortigen Universität vorgebildet sind und den Doktortitel führen, verstößt gegen die guten Sitten. **e)** **RG.** R. **10** Nr. 3886. Läßt sich ein Naturheilkundiger von der Mutter des zu behandelnden Kindes einen schriftlichen Revers ausstellen, worin auf alle Ansprüche aus dem Auftrage, besonders wegen unsachgemäßer Behandlung im voraus verzichtet wird, so verstößt dies nicht gegen die guten Sitten, und der Naturheilkundige kann sich gegenüber einem Schadensersatzanspruche mit Erfolg auf den Revers berufen. **f)** **RG.** JDR. **8** Ziff. II B 7 a auch LeipzZ. **10** 405.

6. Öffentliche Ausschreibungen. Vereinbarungen über Nichtbieten bei Versteigerungen (JDR. **3** Ziff. 6 B h, **4** Ziff. 9 I B p, **6** Ziff. II B 10, **7** Ziff. II B 9, **8** Ziff. II B 8). a) OLG. **20** 48 ff. (KG.). Vereinbarungen von Gewerbetreibenden über die Höhe von Angeboten bei Ausschreibungen, die eine künstliche Erhöhung der Preise durch Täuschung des Ausschreibenden bezwecken, sind unsittlich. Anders, falls nur angemessene Preise erzielt werden sollen. Ähnlich OLG. München, JDR. **8** Ziff. II B 8 d. **b)** ElsLothJZ. **10** 293 ff. (Colmar). Zwar ist nicht jedes pactum de non licitando an und für sich und grundsätzlich unsittlich, vielmehr ist die Prüfung des Einzelfalls entscheidend (vgl. **RG. 58** 393, JW. **07** 201, SeuffA. **63** 350). Gehen die bei dem Übereinkommen Beteiligten ausschließlich darauf aus, sich auf Kosten des Ausschreibenden einen erheblichen ungerechtfertigten Gewinn zu verschaffen, so ist das Übereinkommen nach § 138 BGB. nichtig.

7. Begünstigung einzelner Gläubiger (JDR. **4** Ziff. 9 I B b, **6** Ziff. II B 12 b). a) **RG.** JW. **10** 613. Darin allein, daß ein mit seinen Gläubigern über den Erlaß eines gleichmäßigen Teiles ihrer Forderungen ein Privatabkommen treffender Schuldner mit einem scheinbar jenem Abkommen beitretenden Gläubiger eine Sonderabrede trifft, wonach er demselben trotzdem dessen ganze ursprüngliche Forderung bezahlen wolle, ist der Tatbestand einer die guten Sitten verletzenden Handlung nicht zu finden. **b)** OLG. **20** 52 (Stuttgart) und OLG. **20** 53 (München). Die Begünstigung eines Gläubigers bei Privatvergleichen verstößt nicht gegen die guten Sitten.

8. Abtretung von Forderungen. Fiduziarisches Geschäft (JDR. **8** Ziff. II B 14, **7** Ziff. II B 22, **5** Ziff. 7 I B l). a) **RG.** JDR. **8** Ziff. II B 14 a auch SeuffA. **65** 10. **b)** SeuffA. **65** 222 (KG.). Die Abtretung eines Anspruchs an eine mittellose Person, damit diese im Armenrechte klage, verstößt gegen die guten Sitten. **c)** BreslauAK. **10** 23 (Breslau). Ein Vertrag, durch den sich der Schuldner, der sein Warenlager und seine Außenstände einem Gläubiger zur Sicherung übereignet, verpflichtet, auch die neu angeschafften Waren und neu erworbenen Außenstände dem Warenlager einzuverleiben, bzw. dem Gläubiger zu übereignen, verstößt gegen die guten Sitten.

9. Glücksspiel (JDR. **5** Ziff. 7 I B f, **6** Ziff. II B 6, **7** Ziff. II B 10, **8** Ziff. II B 9). a) OLG. **20** 232 (KG.). Die Gewährung eines Darlehens zum Zwecke der Teilnahme an einem nicht verbotenen Glücksspiele, wie Pokern, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Vgl. insbes. **RG. 67** 358, JDR. **7** Ziff. II B 10. **b)** **RG.** (Strafs.) 5. 4. 10, BayRpflZ. **10** 257 f. Verträge über Beteiligung an Wetteinsätzen am Totalisator verstoßen nicht gegen die guten Sitten.

10. § 138 bei Kaufgeschäften (JDR. **6** Ziff. II B 15, **7** Ziff. II B 13, **8** Ziff. II B 11). a) R. **10** Nr. 3303 (Naumburg). Der Ausschluß der Gewährleistung

und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verstößt nur dann gegen die guten Sitten, wenn der Verkäufer dabei seine Monopolstellung oder stärkere wirtschaftliche Lage unzulässig ausnutzt. b) **RG.** 1. 12. 09, **72** 224 ff., R. **10** Nr. 9. Darin, daß beim Verkaufe von Aktien oder Kuxen, um den Kurs der ungesperrten Stücke hoch zu halten, eine Sperrverpflichtung vereinbart wird, ist etwas Anstößiges nicht zu finden.

11. Strafanzeige (JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 6 I e, **4** Ziff. 9 I B m, **6** Ziff. II B 23, **8** Ziff. II B 20). a) **RG.** R. **10** Nr. 10. Hat nach erstatteter Betrugsanzeige der Geschädigte als Gegenleistung gegen die von der Frau des Beschuldigten erklärte Schuldübernahme sich verpflichtet, der Strafbehörde gegenüber die den Beschuldigten belastenden wahren Angaben zurückzunehmen oder abzuschwächen, um die Einstellung des Strafverfahrens herbeizuführen, so liegt ein gegen die guten Sitten verstoßendes und darum nichtiges Rechtsgeschäft vor. Die Schuldübernahme ist auch dann nichtig, wenn jenes Versprechen nicht geradezu als Entgelt für die Schuldübernahme gegeben worden ist, wenn der Geschädigte aber durch die Schuldübernahmeerklärung hat bestimmt werden sollen, so zu handeln, und dies dem Beteiligten bewußt geworden ist. b) ElsLothJZ. **10** 415 (Colmar). Eine Abmachung, wodurch die Verpflichtung zur Unterlassung einer Strafanzeige übernommen wird, ist an sich ohne besondere Umstände ebensowenig sittenwidrig, wie die damit in Verbindung stehende Verpflichtung des Übeltäters zur Schadloshaltung des von ihm Verletzten. c) **RG.** BayRpflZ. **10** 97. Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, die Einstellung eines Strafverfahrens durch falsche — wenn auch uneidliche — Aussagen herbeizuführen, ist unsittlich.

12. § 138 im Familienrechte (JDR. **4** Ziff. 9 I B t, **5** Ziff. 7 I B g, **6** Ziff. II B 11, **7** Ziff. II B 14, **8** Ziff. II B 12). a) SeuffA. **65** 66 (Darmstadt). Ein Vertrag, worin der Ehemann sich seiner Frau gegenüber verpflichtet, ihr bei einem gewissen ihm zur Last fallenden Verhalten seinen Pachtbesitz und das Inventar auf sie zu übertragen und das Pachtgut zu verlassen, ist nichtig, weil er dem Wesen der Ehe und der dem Ehemanne darin zukommenden Stellung zuwiderläuft. b) OLG. **21** 240 (Hamburg). Ein Vertrag, durch den sich die Ehefrau gegen Gewährung einer Unterhaltsrente verpflichtet, die Einrede der Verzeihung gegen den Scheidungsanspruch des Mannes nicht vorzubringen, ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. c) R. **10** Nr. 2155 (Cassel). Das Versprechen einer Mitgift seitens der Eltern der Braut an den Bräutigam kann nur dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn nach dem Willen der Parteien oder eines Teiles derselben der Bräutigam allein durch dieses Versprechen zur Eingehung der Ehe bestimmt werden sollte, und so das ideale Gut der Ehe zum Gegenstande des Handels gemacht und entwürdigt wurde. Dagegen verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn der Bräutigam durch ein solches Verlangen der Mitgift lediglich die finanziellen Grundlagen der Ehe hat sicherstellen und die Fortführung eines seinen bisherigen Verhältnissen entsprechenden standesgemäßen Lebens sich und der Ehefrau hat ermöglichen und gewährleisten wollen. d) **RG.** JW. **10** 6. Ein Vermächtnis aus dem der Bedachten bekannten Grunde, sie werde dem Erblasser wie bisher auch für die Zukunft den Geschlechtsverkehr gestatten, verstößt gegen die guten Sitten. e) **RG.** 19. 9. 10, **74** 228 ff., JW. **10** 939. Ein Ehemann, der sich seines gesamten Vermögens entäußert, um seiner wegen der Schuld des Mannes geschiedenen Frau den Unterhaltsanspruch zu entziehen, schließt nicht bloß vom Gläubiger anfechtbare Geschäfte ab, sondern handelt wider die guten Sitten.

13. a) R. **10** Nr. 1215 (Braunschweig). Es verstößt mindestens nicht allgemein gegen die guten Sitten, wenn jemand einem Verurteilten Geld schenkt, damit er eine Geldstrafe bezahlen kann, oder wenn er ihm eine bezahlte Geldstrafe erstattet. Unsittlich ist aber nicht nur die vor Begehung einer strafbaren Handlung erfolgte

Zusage, die zu erwartende Geldstrafe zu erstatten, sondern auch die erst nach Begehung der Tat erfolgende Übernahme der Verpflichtung, die erkannte Geldstrafe zu erstatten. b) BayRpflZ. **6** 201 (Zweibrücken). Ist ein Anerkenntnisurteil zufolge arglistigen Zusammenwirkens zwischen Kläger und Beklagten ohne Vorliegen einer Schuld erlangt, um einem Dritten durch Anspruchspfändung zu schaden, so kann der letztere dies im Einziehungsprozesse wirksam geltend machen.

14. **RG.** R. **10** Nr. 3887. Ein Vertrag, durch welchen der Eigentümer eines Hausgrundstücks, der dieses Grundstück bisher mittels einer eigenen Lichtanlage beleuchtet hat, bei Verkauf des Rohrnetzes dieser Anlage an eine Gemeinde sich verpflichtet, den zu Beleuchtungszwecken in seinem Grundstück erforderlichen Strom unter den jeweilig geltenden Bedingungen immerfort aus dem von der Gemeinde zu errichtenden Elektrizitätswerke zu beziehen und an seinem Wohnort irgendeine Lichtstation für eigene oder für Rechnung Dritter nicht wieder in Betrieb zu setzen, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

15. SchlHolstAnz. **10** 292 ff. (Kiel). Ein frauduloses Rechtsgeschäft, dem kein anderer Makel anhaftet, als der, daß es in der dem anderen Teile bekannten Absicht geschlossen ist, die Gläubiger des Veräußerers zu benachteiligen, ist nicht zugleich auch nach § 138 BGB. nichtig. Die Sonderbestimmung des Anfechtungsgesetzes schließt dies aus.

16. R. **10** Nr. 1055 (Hamburg). Die beim Kaufe eines Damenhuts durch eine Ehefrau mit dem Verkäufer getroffene Abrede, nicht den vollen Preis des Hutes, sondern statt dessen andere nicht gelieferte Warenposten in Rechnung zu stellen, damit der Ehemann den Preis nicht erfahre, verstößt nicht schon gegen die guten Sitten.

17. R. **10** Nr. 3154 (Hamburg). Die Hingabe eines Darlehens wird nicht dadurch unsittlich, daß das Darlehen zur Anschaffung einer Maschine verwendet wird, mit der unter Verletzung des Warenzeichenrechts Waren hergestellt werden sollen, und zwar auch dann nicht, wenn der Darlehnsgeber diesen Zweck gekannt hat.

§ 138 Abs. 2. A. Notlage (JDR. **2** Ziff. 6 II b, **5** Ziff. 7 II b, **6**, **7**, **8** A). **RG.** 28. 2. 10, DJZ. **10** 595. Wer sich in Ausbeutung der Notlage eines anderen von ihm wucherische Vorteile versprechen ließ, handelt nicht ohne weiteres wucherisch, wenn er sich nach gehobener Notlage diese Vorteile gewähren läßt. Es fehlt dann an einer Notlage, die der Empfänger ausbeuten kann. In der Erfüllung nach gehobener Notlage ist eine Bestätigung des wegen Wuchers nichtigen Rechtsgeschäfts zu erblicken.

B. Wucherisches Geschäft (s. JDR. **6**, **7**, **8** B). a) **RG.** 27. 11. 09, **72** 218, JW. **10** 5. Ist ein Geschäft auch nur im Verhältnisse zu einem von mehreren Beteiligten wucherisch, so ist es doch wegen seiner Einheitlichkeit im ganzen mit diesem Fehler behaftet und daher auch im Verhältnisse zu den Mitkontrahenten nichtig (vgl. **RG. 59** 175, **62** 186, **65** 405, **71** 201). b) **RG.** 11. 10. 09, GruchotsBeitr. **54** 162 ff. Die Nichtigkeit des wucherischen Geschäfts schreibt das Gesetz zwingend vor, auf den Willen des Schuldners kommt es nicht an. Auch wenn dieser das Rechtsgeschäft nicht wegen Wuchers anficht, hat der Richter die Nichtigkeit zu berücksichtigen und den auf das Rechtsgeschäft gestützten Anspruch abzuweisen. Es kann sich deshalb auf die wucherische Eigenschaft und die dadurch gegebene absolute Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts jedermann, dessen Interessen durch das nichtige Geschäft berührt werden, insbesondere auch der Anfechtungsbeklagte berufen. Nur falls der Schuldner selbst sich des Einwandes der Nichtigkeit infolge eines gegen ihn ergangenen Urteils nicht mehr bedienen kann, ist auch dem Anfechtungsbeklagten eine Berufung auf die Nichtigkeit nicht mehr zu gestatten.

§ 139. I. 1. Hausmeister, Kaufmannsgericht und § 139, Holdheims MSchr. **10** 286 ff. Die Beweislast dafür, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, trifft denjenigen, der sich auf die Wirk-

samkeit der übrigen Teile des Rechtsgeschäfts stützt. — Die Nichtigkeit eines Teiles eines kaufmännischen Dienstvertrags wegen Verstoßes gegen die zwingenden Vorschriften des HGB. ergreift regelmäßig den ganzen Dienstvertrag (a. M. Düringer-Hachenburg, Staub, **RG. 07** Nr. 1474).

2. Hamm, DNotZ. **10** 108. Der § 139, wonach die Nichtigkeit eines Teiles des Rechtsgeschäfts als Regel die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zur Folge hat, hat nur wegen der Person eines der Vertragschließenden oder wegen des Inhalts nichtige Rechtsgeschäfte im Auge. Wenn es für eine Nebenabrede an der im Gesetze vorgeschriebenen Form fehlt, so ist nur diese, nicht aber auch der in der vorgeschriebenen Form abgeschlossene Hauptvertrag ungültig. A. M. **RG.** JW. **06** 108.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 16. 3. 10, SeuffA. **65** 437 ff. § 139 BGB. findet nicht nur dann Anwendung, wenn ein Rechtsgeschäft objektiv aus mehreren Teilen besteht, sondern auch in den Fällen, in denen bei einem Rechtsgeschäft auf der einen oder der anderen Seite mehrere Personen als Vertragschließende beteiligt sind und bezüglich einer dieser mehreren Personen ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Vgl. **RG. 59** 175, **62** 186, JDR. **5** Ziff. 3.

2. **RG.** JW. **10** 388. Beruht die Nichtigkeit eines Teiles eines Vertrags darauf, daß dieser Teil nur Schein und in Wahrheit von den Vertragschließenden nicht gewollt war, so ist von vornherein nur der andere Teil gewollt und die Frage, ob der Vertrag ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde, kann nicht entstehen.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2340. Daß ein Teil einer Abmachung wegen seines rechtlich unzulässigen Inhalts — Verzicht eines Ehegatten auf das Erziehungsrecht hinsichtlich der Kinder — rechtsunwirksam ist und weil dieses den Parteien bewußt ist, keinen rechtgeschäftlichen Charakter hat, schließt nicht aus, daß hierdurch auch der andere Teil berührt wird, wenn dieser Teil — Abmachung über Erziehungskosten — als Gegenleistung gegen die rechtlich unwirksame Verpflichtung gedacht war.

4. **RG.** SeuffA. **65** 385. Die Bestimmung des § 139 über die teilweise Aufrechterhaltung eines nichtigen Rechtsgeschäfts ist nicht anwendbar auf Vereinssatzungen, denn es ist rechtlich unmöglich, zwischen der teilweisen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts und der Unwirksamkeit einer Statutenbestimmung eine Analogie zu ziehen.

§ 140. 1. **RG.** 11. 1. 10, R. **10** Nr. 638. Der Wille der Parteien bei der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts braucht auch nicht eventuell auf das in diesem enthaltene andere Rechtsgeschäft gerichtet zu sein, vielmehr entscheidet über die Aufrechterhaltung des stattgehabten Geschäfts der auf den ökonomischen Erfolg gerichtete Wille der Parteien.

2. **RG.** 9. 7. 10, BayRpflZ. **10** 405. Ein Vertrag über die Abtretung eines Nießbrauchs ist auf Grund des § 140 in einen solchen betreffend die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs umzudeuten, wenn die Form für diese Überlassung gewahrt und anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der Abtretung die bloße Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs als ausreichend angesehen und gewollt haben würden.

3. **RG.** 7. 3. 10, BayRpflZ. **10** 310, PosMSchr. **10** 36, SeuffA. **65** 387. Sowohl ein nichtiges Rechtsgeschäft unter Lebenden kann als eine Verfügung von Todes wegen aufrechterhalten werden, als auch umgekehrt eine nichtige Verfügung von Todes wegen als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.

§ 141. Bestätigung eines unsittlichen Geschäfts (JDR. **3** Ziff. b, **5** u. **6** Ziff. 2). a) **RG.** R. **10** Nr. 14. Ein unsittliches Geschäft kann lediglich durch Bestätigung niemals zu einem sittlichen werden. Auch durch Anerkenntnis kann die Forderung aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte nicht wirksam gemacht werden; dieses Anerkenntnis ist vielmehr selbst entweder nach § 138 nichtig oder nach § 817 kondizierbar. b) **RG.** 9. 7. 09, ElsLothZ. **10** 169. Ein wucherischer und damit nichtiger Vertrag kann allerdings durch spätere Bestätigung

nicht geheilt werden. Diese Bestätigung ist aber nach § 141 als erneute Vornahme des ursprünglichen Rechtsgeschäfts anzusehen, und darf deshalb nicht mehr auf die Nichtigkeit des ursprünglichen Rechtsgeschäfts zurückgegriffen werden.

§ 142. 1. a) **RG.** 22. 4. 10, **74** 3, JW. **10** 647, DJZ. **10** 826. Die Nichtigkeit eines angefochtenen Vertrags tritt mit der Wirksamkeit der die Anfechtung enthaltenden Erklärung unmittelbar ein, ohne daß es der Annahme oder sonstigen Mitwirkung des Gegners bedürfen würde. Ist die Nichtigkeit aber einmal eingetreten, dann kann sie nicht durch einseitige Zurücknahme der Anfechtung wieder beseitigt werden, denn die Wiederherstellung eines nichtig gewordenen und damit nicht mehr vorhandenen Vertrags ist nur bei beiderseitigem Einverständnisse möglich. Der Anfechtende hat durch Erklärung der Anfechtung zwar nicht das Recht verloren, noch solche Ansprüche zu verfolgen, die den Bestand des Vertrags voraussetzen, denn nur die berechtigte Anfechtung beseitigt den Vertrag. Er kann aber nicht mehr unter Aufrechterhaltung der die Anfechtbarkeit begründenden Behauptungen, statt die Anfechtung weiter zu verfolgen, Ansprüche aus dem Vertrage geltend machen. Vgl. auch JDR. **3** Ziff. a. b) **RG.** 19. 2. 10, R. **10** Nr. 1216. Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, daß die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2962. Auch eine nur teilweise Anfechtung ist möglich. Hat sie Erfolg, so ist ihre Bedeutung für den ganzen Vertrag nach § 139 BGB. zu beurteilen. Ist jedoch der Vertrag in dem Sinne ein einheitlicher, daß die einzelnen Leistungen des einen Teiles das Äquivalent der von dem anderen übernommenen einheitlichen Gegenleistung bildet, so ist auch nur eine einheitliche Anfechtung des ganzen gegenseitigen Vertrags möglich.

§ 144. Vgl. zunächst oben zu § 141. 1. Verzicht auf das Anfechtungsrecht. a) **RG.** ElsLothJZ. **10** 60. Daraus, daß jemand, der gegenüber mehreren Personen ein Anfechtungsrecht besitzt, auf dieses gegenüber einer dieser Personen verzichtet, kann rechtlich nicht gefolgert werden, daß er von seinem Anfechtungsrecht auch gegenüber den anderen Personen keinen Gebrauch machen dürfe.

b) **RG.** JW. **10** 573, ElsLothrJZ. **10** 445. Zum Verzicht auf das Anfechtungsrecht kann auch eine tatsächliche oder rechtliche Verfügung über die durch den Vertrag erlangte Sache ausreichen, die unvereinbar ist mit dem Willen des Verfügenden, seiner als Folge der Anfechtung sich ergebenden Rückgabepflicht zu genügen. Ein Bestätigungswillen ist jedoch in solchen Fällen nicht anzunehmen, wenn die Verfügungen durch eine wirtschaftliche Notwendigkeit geboten waren.

2. OLG. **20** 176, SächsOLG. **31** 284 (Dresden). Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann in der Fortbenutzung z. B. einer Maschine oder eines Motors im Fabrikbetriebe des anfechtenden Käufers ein der Anfechtung widersprechendes Verhalten so lange nicht gefunden werden, als es sich um einen den Umständen nach zur unverzüglichen Beschaffung eines Ersatzstücks erforderlichen Zeitraum handelt. Andererseits setzt sich der Käufer mit seinem eigenen Verhalten in Widerstreit, wenn er trotz der Anfechtung die Sache ungebührlich lange und ausgiebig weiter benutzt. Nach Treu und Glauben muß er sich hiernach gefallen lassen, daß in seinem späteren Verhalten die Bestätigung des nicht mehr anfechtbaren (§ 144), sondern bereits angefochtenen Rechtsgeschäfts (§ 141), gefunden wird.

3. DJZ. **10** 599 f. (Dresden). Die Wirkungen einer Anfechtungserklärung können durch eine bloße Bestätigung beseitigt werden. Nach der Absicht des Gesetzgebers ist dem Anfechtungsberechtigten die Durchführung der Anfechtung verwehrt, wenn er durch sein Verhalten das anfechtbare Geschäft bestätigt, ohne Rücksicht darauf, ob er diesem Verhalten eine Anfechtungserklärung hat vorausgehen lassen. In der nachträglich mit Zustimmung des Gegners erfolgten Bestätigung ist mit Dernburg (I § 118) eine der Form nicht bedürfende Rücknahme der Anfechtung zu finden. Vgl. dagegen OLG. **8** 25 (Braunschweig), JDR. **3**.

Dritter Titel. Vertrag.

§§ 145 ff. *T i t z e, Mißverständnis. a) Der Vertragsschluß setzt sich aus Antrag und Annahme zusammen. Er besteht aber nicht, wie oft behauptet wird, aus zwei einseitigen Willenserklärungen. Denn das BGB. spricht von einseitigen Willenserklärungen immer nur da, wo es das Vertragsangebot und die Vertragsannahme n i c h t mit treffen will. Eine einseitige Willenserklärung im Sinne des BGB. ist also gerade diejenige, die weder Vertragsangebot noch Vertragsannahme ist. (19 Anm. 1.)

b) Zwei sich kreuzende Offerten ergeben an sich noch keinen Vertrag. (346 Anm. 14.)

c) Wenn der Offerent die Annahmeerklärung des Oblaten mißversteht, so schadet das der Gültigkeit des Vertrags nichts; es müßte denn sein, daß es sich um eine mündliche Annahmeerklärung handelte und das Mißverständnis des Offerenten auf einem dem Oblaten sofort erkennbaren Wahrnehmungsfehler beruhte. In diesem Falle wäre die Annahmeerklärung mangels „Zuganges" (vgl. oben § 130) und infolgedessen der ganze Vertrag nichtig. Wird die Offerte vom Oblaten mißverstanden, so kommt es darauf an, ob dieses Mißverständnis in der Antwort des Oblaten zum Ausdrucke kommt oder nicht. Ersterenfalls deckt sich die Erklärung des Oblaten nicht mit der des Offerenten; der Vertrag ist infolgedessen an (eventuell unbewußter) Vertrags a b l e h n u n g gescheitert. Kommt hingegen das Mißverständnis des Oblaten in seiner Annahmeerklärung n i c h t zum Ausdrucke, so stimmen Antrag und Annahme trotz des Mißverständnisses überein. Der Vertrag kommt wirksam zustande; aber das Mißverständnis des Oblaten hat zu einem E r k l ä r u n g s - i r r t u m e geführt, das den Oblaten zur Anfechtung des Vertrags berechtigt. Keinesfalls ist also ein Vertrag deswegen nichtig, weil die Parteien mit ihren übereinstimmenden Erklärungen einen verschiedenen Sinn verbinden. Ein solcher Vertrag kann immer nur von demjenigen, welcher einen falschen Sinn damit verbindet, angefochten werden. Es müßte denn sein, daß bei mündlichem Vertragsschlusse die falsche Beurteilung ihren Grund in einem dem Gegner sofort erkennbaren Wahrnehmungsfehler hat. Solchenfalls wäre der Vertrag mangels „Zuganges" der Annahmeerklärung (vgl. oben § 130) nichtig. In k e i n e m der hier gedachten Fälle ist es ratsam, von „Dissens", sei es offenem, sei es verstecktem, zu sprechen. Dieser Begriff ist vielmehr, ebenso wie der „Konsens", wegen seiner Vieldeutigkeit und Unklarheit aus der Rechtssprache zu entfernen. *T i t z e, Mißverständnis 347—443.

§ 145. a) **RG.** R. **10** Nr. 2157. Ein Vertrag kommt für gewöhnlich nicht durch die bloße Tatsache zustande, daß zwei zustimmende, auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung unter den Erklärenden gerichtete Willenserklärungen vorliegen, sondern diese Erklärungen müssen regelmäßig auch gegenseitig zum Bewußtseine gebracht werden. b) **RG.** R. **10** Nr. 1487. Wer einem anderen einen von ihm abgefaßten Vertragsentwurf zum Unterzeichnen übersendet, erklärt, auch wenn er den Vertragsentwurf selbst noch nicht unterzeichnet hat, für gewöhnlich damit, daß er einen dem Inhalte der Urkunde entsprechenden Vertragsantrag machen wolle. c) ElsLothZ. **35** 138 (Colmar). Ob in der Drahtantwort: „Ich nehme Ihren Vorschlag an, Brief folgt", die uneingeschränkte Annahme eines Angebots zu erblicken ist, hängt von den begleitenden Umständen, insbesondere dem Inhalte des nachfolgenden Briefes ab. Sie ist als solche anzusehen, wenn der nachfolgende Brief nur die in kaufmännischen Kreisen gebräuchliche Bestätigung der Drahtantwort enthält. Vgl. OLG. Stettin, JDR. **5** zu § 146.

§ 147. 1. V e r t r a g s s c h l u ß m i t t e l s T e l e p h o n s (JDR. **1** Ziff. 4, **3** Ziff. 1, **7** Ziff. 2). a) *R e g e l s b e r g e r, BankA. **9** Nr. 18 u. JheringsJ. **58** 168. Wenn der Urheber eines durch den Fernsprecher übermittelten Vertragsantrags das rechtzeitige Eingehen der telephonischen Annahmeerklärung schuldhaft vereitelt,

so kann der Antragsempfänger den Vertrag zur Entstehung bringen, wenn er dem Antragenden unverzüglich auf einem anderen verkehrsmäßigen Wege (Brief, Telegramm) die Annahmeerklärung übermittelt. **b)** V. Hoeniger, Der sog. versteckte Dissens (Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Urteile, AbürgR. **35** 250 ff.). Ist eine Erklärung telephonisch abgegeben und auf demselben Wege eine zustimmende Gegenerklärung abgegeben worden, so darf der Erklärende darauf vertrauen, daß seine deutlich in das Telephon gesprochenen Worte auch deutlich wiedergegeben worden sind. Es ist mithin von dem Erklärungsempfänger der Gegenbeweis zu verlangen, daß die Erklärung durch das Telephon nicht deutlich zu Gehör gebracht wurde. Freilich wird dieser Gegenbeweis nur ausnahmsweise sich führen lassen; es bleibt aber immer die Möglichkeit, den Vertrag wegen Irrtums über den Inhalt der Annahmeerklärung anzufechten. **c)** R. **10** Nr. 2780 (Hamburg). Im Handelsverkehr ist es allgemein üblich, telephonische Geschäftsabschlüsse schriftlich zu bestätigen, weil die telephonischen Gespräche nicht alle Einzelheiten des Vertrags zu enthalten pflegen. Eine Nichtbeantwortung eines solchen Bestätigungsschreibens muß daher nach Treu und Glauben als Zustimmung gelten.

2. Begriff der regelmäßigen Umstände (JDR. **4** u. **6** Ziff. 2). OLG. **20** 56 (KG.). Bei den „regelmäßigen Umständen" sind auch Nebenverpflichtungen, z. B. Beschaffung der für den Betrieb eines angebotenen Kessels erforderlichen Papiere über dessen betriebsfähigen Zustand, zu berücksichtigen.

§ 151. 1. Vertragsannahme (s. JDR. **2** Ziff. I, **6** Ziff. 1 u. **8**). *Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 390 ff. (vgl. oben Ziff. 1 zu §§ 116 ff.). Die Vertragsannahme nach § 151 ist keine Willenserklärung. Sie braucht nicht dem anderen Teile gegenüber zu geschehen und kann daher in diesem auch keinerlei berechtigtes Vertrauen in einen kundgegebenen Willen erzeugen. Der Wille zur Vertragsannahme muß sich zwar mit einiger Deutlichkeit und Bestimmtheit in der Außenwelt verkörpern. Nicht erforderlich ist aber, daß die Annahmehandlung für den Antragsteller den Annahmewillen mit Deutlichkeit erkennen läßt; bei ihrer Beurteilung sind auch Umstände zu berücksichtigen, die dem anderen Teile nicht bekannt und nicht erkennbar sind, insbesondere auch etwaige besondere Gewohnheiten und Lebensverhältnisse des Annehmenden. Auch die Vorschriften des BGB. über Willensmängel finden keine Anwendung; abweichend die herrschende Meinung. Der Antragsempfänger kann sich auch dann auf abweichenden Willen berufen, wenn er seinen Irrtum nicht unverzüglich dem Gegner mitgeteilt hat; nur in besonderen Fällen bedarf es sofortiger Mitteilung, so etwa wenn er bereits in die Rechte des anderen Teiles in nicht mehr zu beseitigender Weise eingegriffen hat ➛ oder wenn er sich anderenfalls dem Verdacht aussetzen würde, auf Kosten des anderen Teiles zu spekulieren ⟵: hier würde sein Schweigen als Bestätigung der Annahme zu betrachten sein. Einer Anfechtung bedarf es jedenfalls nicht. Die Schadensersatzpflicht des § 122 BGB. tritt nicht ein.

2. **a)** **RG.** JW. **10** 649, DJZ. **10** 881, ElsLothJZ. **10** 505. Verfolgt ein Bestätigungsschreiben nicht nur den Zweck, ein Beweismittel für den Inhalt eines vermeintlich abgeschlossenen Geschäfts zu beschaffen, bekundet dasselbe vielmehr auch die fortbestehende Bereitwilligkeit, ein Geschäft des in dem Schreiben erwähnten Inhalts einzugehen, so kann rechtsgrundsätzlich unter besonderen Umständen das Stillschweigen auf dieses Schreiben in Anwendung der §§ 346 HGB., 157 BGB. dieselbe vertragsbegründende Bedeutung haben, wie eine ausdrückliche Zustimmung. **b)** **RG.** BankA. **10** 141. Läßt der Kunde eines Bankhauses ohne Widerspruch gegen die ihm erst nachträglich, nach Begründung des Kreditverhältnisses, übersandten Geschäftsbedingungen das Rechtsverhältnis fortbestehen, so kann darin eine Genehmigung der Geschäftsbedingungen gefunden werden. **c)** **RG.** R. **10** Nr. 1217. Wenn der Besitzer einer einem anderen gehörigen Sache dem Eigentümer wegen

Übernahme der Sache ein Vertragsangebot unter Verzicht auf eine ausdrückliche Annahmeerklärung macht und vereinbart ist, daß der Eigentümer bei Nichtannahme des Angebots die Sache in kurzer Zeit abholen müsse, so kann darin, daß das Vertragsangebot weder abgelehnt, noch die Sache in kurzer Zeit abgeholt wird, die Annahme des Vertragsangebots gefunden werden. d) **RG.** JDR. 8 Ziff. 3 auch SeuffA. **65** 133.

§ 152. Notariell beurkundetes Angebot mit befristeter Bindung (vgl. **RG. 49** 127, JDR. **1**). FrankfRundsch. **43** 232 ff. (Frankfurt). Ist bei einem notariell zu beurkundenden Vertrage das abgegebene Angebot in bezug auf seine Bindung befristet, so kommt der Vertrag nicht schon durch die notarielle Beurkundung der Annahme zustande, weil diese Wirkung durch die von dem Antragenden gesetzte Annahmefrist ausgeschlossen ist. Es genügt jedoch zum Zustandekommen des Vertrags, wenn innerhalb der Frist die Annahmeerklärung formgerecht vollzogen ist und sodann noch innerhalb der Frist dem Antragenden die Vollziehung der Annahmeerklärung durch den Annehmenden mitgeteilt wird.

§ 154. SchlHolstAnz. **10** 311 ff. (Kiel). Die Verabredung der Beurkundung des beabsichtigten Vertrags unterliegt der Auslegung des § 154 Abs. 2 BGB. nur dann, wenn sie vor Vertragsabschluß erfolgt ist. Vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 2 u. **8** Ziff. 4 b.

§§ 154, 155. *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 432 ff. Die §§ 154, 155 handeln weder vom „Konsens", noch vom offenen oder vom versteckten „Dissens", sondern ihr Inhalt besteht, kurz gesagt, in einer Umkehrung des Satzes: utile per inutile non vitiatur. Sie enthalten demnach denselben Rechtsgedanken, den schon der § 139 BGB. zum Ausdrucke bringt. Dabei unterscheiden sich der § 154 und der § 155 dadurch voneinander, daß der erstere die Fälle regelt, wo die Parteien sich der noch ausstehenden Wirksamkeit eines Vertragsteils bewußt sind, während der letztere den Fall im Auge hat, wo die Paziszenten das Fehlen des einen Vertragsstücks nicht bemerkt haben und infolgedessen an die Gültigkeit des ganzen Vertrags glauben. Praktische Konsequenzen knüpfen sich aber an diese Verschiedenheit des Tatbestandes nicht. Immer aber kann von einer Anwendung der §§ 154, 155 nur dann die Rede sein, wenn ein Vertrag sich begrifflich in mehrere einer selbständigen Wirksamkeit fähige „Punkte" oder „Teile" zerlegen läßt. Für diesen Fall ordnen sie an, daß, wenn ein einzelner Vertragspunkt nichtig ist, die Nichtigkeit regelmäßig den ganzen Vertrag ergreift. Aber sie sagen nichts darüber aus, wann ein einzelner Vertragspunkt nichtig ist. Darüber entscheiden lediglich die auch sonst über die Frage der Geschäftsgültigkeit befindenden Vorschriften.

§ 155. Versteckter Dissens (s. **RG.** JDR. 8 Ziff. 2). **RG.** R. **10** Nr. 4049. Falls ein Dritter einem Schuldscheine den Zusatz: „in Haftung" mit Namensunterschrift beigefügt hat, ist die Annahme eines versteckten Dissenses derart, daß der Gläubiger zwar der Meinung war, eine Bürgschaftserklärung entgegenzunehmen, der Dritte aber nur ein Zeugnis abgeben wollte, nicht ausgeschlossen.

§ 157. I. 1. *Hölder, BayRpflZ. **10** 2, JheringsJ. **58** 125. „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" hat schon deshalb eine viel umfassendere Bedeutung als die hier bestimmte, weil für die Existenz einer formlosen Willenserklärung kein anderes Kennzeichen besteht. Eine Frage der Auslegung des bestimmten Verhaltens, für die jener Maßstab gilt, ist nicht nur die Frage, welchen Inhalt es als eine Willenserklärung hat, sondern auch die Frage, ob es überhaupt eine solche ist.

2. Siber, KrVJSchr. **49** 41 ff., hält es für zweifelhaft, ob man die auslegenden oder ergänzenden Rechtssätze, die nach den §§ 157, 242 BGB. aus der Verkehrssitte entnommen werden sollen, mit Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und dem Gesetze, JDR. **7** Ziff. I 2, als gewohnheitsrechtliche ansehen darf. Ob sie gesetzes- oder gewohnheitsrechtlich sind, entscheide sich seiner Ansicht nach nur

danach, ob ihre Geltung auf den §§ 157, 242 BGB. beruht oder von diesen unabhängig ist. Das erstere sei der Fall, indem die Verkehrssitte durch jene Paragraphen des BGB. auch dann die Kraft einer Rechtsnorm erhalten habe, wenn sie noch gar nicht zum Gewohnheitsrecht erstarkt ist, also ohne jene Paragraphen überhaupt noch keine Geltung hätte (49).

3. *T i t z e, Lehre vom Mißverständnisse. a) Die §§ 133, 157 besagen im Grunde dasselbe und enthalten nur eine selbstverständliche Konsequenz des richtig verstandenen Erklärungsbegriffs. (85 Anm. 5.)

b) Es gibt keinen begrifflichen Unterschied zwischen Ergänzung und Auslegung einer Willenserklärung. Jede Erklärungsauslegung ist Erklärungsergänzung, und jede Erklärungsergänzung ist Erklärungsauslegung. Ebensowenig gibt es einen Unterschied zwischen sog. Auslegungsregeln und sog. ergänzenden Rechtssätzen. *T i t z e, Mißverständnis 474—498.

c) Das auf Grund der §§ 133, 157 gefundene Auslegungsprodukt geht den zahlreichen dispositiven Rechtssätzen, durch welche das Gesetzbuch Willenserklärungen ergänzt, vor. Das ergänzende Recht kommt also erst in Betracht, wenn sich auf Grund der §§ 133, 157 nichts Abweichendes ergibt. Es ist darum auch nicht richtig, die ergänzenden Rechtssätze als die „besonderen Auslegungsregeln" den §§ 133, 157 als den „allgemeinen Auslegungsregeln" gegenüberzustellen. *T i t z e, Mißverständnis 177 Anm. 8, 464, 480 Anm. 33.

d) Bei der Auslegung von Willenserklärungen ist zwischen Verkehrsgeschäften und Nicht-Verkehrsgeschäften zu unterscheiden. Bei Verkehrsgeschäften ist in erster Linie zu fragen: welcher Erklärungsinhalt ergibt sich aus den Sonderbeziehungen, in denen die Parteien zueinander stehen? (sog. individuelle Auslegung). Wenn solche Beziehungen nicht vorhanden sind oder nichts für den Erklärungsinhalt ergeben, dann ist zu fragen: wie ist das die Erklärung darstellende Verhalten der Parteien nach der allgemeinen Verkehrsanschauung zu deuten? (sog. generelle Auslegung). Bei den Nicht-Verkehrsgeschäften muß die Auslegung die genannten Maßstäbe ebenfalls anlegen, darf aber bis zu einem gewissen Grade Rücksicht nehmen auf das, was der Erklärende erklären w o l l t e (sog. subjektive Auslegung). *T i t z e, Mißverständnis 83—104. Über die individuelle Auslegung insbes. s. 105 ff. daselbst; über ihr Verhältnis zur Regel falsa demonstratio non nocet 124 ff.; über die individuelle Auslegung bei formellen Rechtsgeschäften 127 ff. Über die generelle Auslegung insbes. s. 136 ff. daselbst. Über die Auslegung von Willenserklärungen, bei denen die Beteiligten verschiedenen Sprachgebieten bzw. verschiedenen Berufskreisen angehören, s. 148 ff. Über die Wertlosigkeit der Regeln „in dubio contra stipulatorem, „in dubio minus", „in dubio id, quo res magis valeat, quam pereat" 174 ff.

e) Auslegung von Willenserklärungen ist ein Akt der Rechtsanwendung, bedeutet Subsumption von Tatsachen unter einen R e c h t s b e g r i f f. Darum kann auf eine unrichtige Auslegung des Richters das Rechtsmittel der Revision mit Erfolg gegründet werden. *T i t z e, Mißverständnis 104.

4. *S t a h l (vgl. unten zu § 321) 78 ff. über das Verhältnis des § 157 zur clausula rebus sic stantibus.

5. *K l e i n, ÖstZBl. **29** 99 ff., legt dar, inwieweit § 157 auf Rechtshandlungen im engeren Sinne Anwendung findet.

II. A u s d e r P r a x i s. 1. A l l g e m e i n e s (JDR. 7, 8 Ziff. II 1). a) **RG.** 29. 10. 09, GruchotsBeitr. **54** 386. In der Ergänzung des Parteiwillens, der unvollständig und unvollkommen zum Ausdrucke gelangt ist, liegt eine Hauptaufgabe der Auslegung. Der § 157 deutet auf eine solche Ergänzung hin, indem er die Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben und nach Maßgabe der Verkehrssitte fordert. Treu und Glauben erheischen ebenso wie die Verkehrssitte, daß die in einem

Vertrage nicht besonders geregelten Punkte dennoch als von der Vereinbarung umfaßt gelten müssen, sofern es klar ist, daß die gegenteilige Annahme sich mit dem, was ausdrücklich verabredet ist, in Widerspruch setzen würde. Es muß davon ausgegangen werden, daß die Beteiligten jene Punkte so haben ordnen wollen und nach den von ihnen festgelegten Leitsätzen auch so geordnet haben, wie es im Hinblick auf den Vertragszweck den Verkehrsanschauungen entspricht. **b) RG.** 14. 10. 10, R. **10** Nr. 3891. Ist ein Vertrag von so konkreter Art, daß er nur aus sich selbst ausgelegt werden kann, und daß eine Verkehrssitte sich für ihn gar nicht hat bilden können, so ist die Behauptung, daß nach Auffassung der beteiligten Kreise der Vertrag in einem bestimmten Sinne auszulegen sei, unerheblich und ein dafür angebotener Sachverständigenbeweis nicht zu erheben. **c) RG.** 10. 5. 10, **73** 352. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hat ein Vertragschließender dem ihm bekannten besonderen Interesse des anderen Rechnung zu tragen und bei der Abwickelung des Geschäfts sein Verhalten so einzurichten, daß eine Benachteiligung des anderen tunlichst vermieden wird. **d) RG.** 14. 10. 10, R. **10** Nr. 3890. Haben die Parteien für einen tatsächlich eingetretenen Fall keine ausdrückliche Vertragsbestimmung getroffen, so ist die infolge nicht vorgesehener Verhältnisse vorhandene Vertragslücke durch die Untersuchung darüber auszufüllen, wie die Parteien die Abrede getroffen hätten, wenn sie den tatsächlich eingetretenen Zustand in das Auge gefaßt hätten und wenn ihre Abrede den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprochen hätte. **e)** SeuffA. **65** 447 ff. (Augsburg). Die Berufung auf einen Formmangel verstößt nicht gegen Treu und Glauben.

2. Konkurrenzverbot (JDR. **7**, 8 Ziff. II 2). **RG.** 22. 2. 10, JW. **10** 279, LeipzZ. **10** 404, GruchotsBeitr. **54** 892. Ein auf Umgehung einer Konkurrenzklausel gerichtetes Verhalten steht nach dem Grundsatze von Treu und Glauben einer unmittelbaren Verletzung derselben gleich.

3. Bauverträge (JDR. **4** Ziff. II 3, **7** Ziff. II 11, **8** Ziff. II 8). **a) RG.** R. **10** Nr. 3445. Der einem Bauvertrag angehängte, ins einzelne gehende Kostenvoranschlag umgrenzt den Umfang der für die Pauschvergütung zu leistenden Arbeiten, auch wenn der Unternehmer sich ausdrücklich zur kostenlosen Ausführung etwa nötiger, nicht ausgeführter Arbeiten verpflichtet hat. **b) RG.** R. **10** Nr. 3306. Abtretung der Baugeldhypothek nach Vollendung des Baues, ohne Rücksicht auf die Zahlungen und Minderungseinreden des Bestellers, widerspricht Treu und Glauben.

4. Kaufverträge (JDR. **8** Ziff. II 7). **a)** R. **10** Nr. 2345 (Hamburg). Unter dem „jeweils allgemein geforderten Preise" ist der nach der jeweiligen Marktlage wechselnde Preis zu verstehen, zu welchem unter Außerachtlassung aller aus dem Rahmen der bloßen Einzelgeschäfte fallenden Sonderbeziehungen die Ware offeriert wird. Rabatte, welche im Einzelfall einzelnen Kunden bewilligt sind, kommen also nicht in Betracht. **b) RG.** 11. 5. 10, R. **10** Nr. 2963. Durch die Vereinbarung allgemeiner Geschäftsbedingungen werden im voraus die Vertragsgrundsätze festgelegt, die, von späterer besonderer Abmachung im Einzelfall abgesehen, allen künftigen Geschäften unter den in Geschäftsverbindung stehenden Parteien zugrunde zu legen sind.

5. **RG.** R. **10** Nr. 1912. Daß ein Vertragsteil sich zur Erfüllung seiner Vertragspflichten ehrenwörtlich verpflichtet, ist für die Wirksamkeit der Verpflichtung in der Regel ohne Bedeutung.

6. **RG.** R. **10** Nr. 835. Auch bei Verträgen, die nach Inkrafttreten des BGB. abgeschlossen sind, ist bezüglich solcher Ausdrücke, die sich eng an die Bestimmungen des früheren Rechtes anschließen — z. B. die im PrALR. besonders geregelte „Verpachtung in Bausch und Bogen" — auf die Bedeutung dieser Ausdrücke im früheren Rechte Rücksicht zu nehmen.

7. **RG.** R. **10** Nr. 284. Eine Abrede zwischen Darlehnsgläubiger und -schuldner, daß der letztere das Darlehen erst zurückzuzahlen brauche, wenn er dazu in der Lage sei, ist in der Regel dahin zu verstehen, daß die Rückzahlungspflicht erst eintreten solle, wenn der Schuldner unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse — ohne daß seine wirtschaftliche Existenz vernichtet oder schwer geschädigt werden könnte — zur Rückzahlung in der Lage sein werde; der Tod des Gläubigers ist in dieser Beziehung ohne Einfluß. Allerdings ist jene Abrede für gewöhnlich nicht dahin gemeint, daß der Gläubiger für alle Zeit, solange der Schuldner sich in mißlichen Vermögensverhältnissen befinden würde, auf die Rückforderung habe verzichten wollen; ist dieser Zeitraum ein ungebührlich langer, so steht vielmehr der Rückforderung nichts im Wege. Immer aber hat der Gläubiger zu behaupten und zu beweisen, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners ihm die Rückzahlung gestatten oder daß doch ein ungebührlich langer Zeitraum verstrichen ist.

8. **RG.** R. **10** Nr. 834. Werden in einem zwischen einem Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverband abgeschlossenen Tarifvertrage Mindestlöhne für die Arbeiter festgesetzt, so hat dies nicht die Bedeutung, daß damit nur die Arbeitgeber gebunden seien, daß dagegen die Arbeitnehmer jederzeit, ohne gegen den Vertrag zu verstoßen, höhere Löhne beanspruchen könnten. Mit der Festsetzung des Mindestlohns soll vielmehr nur eine freie Vereinbarung zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und seinen Arbeitern über Gewährung eines höheren Lohnes nicht ausgeschlossen werden.

9. **RG.** 10. 5. 10, **73** 350. Die Grundsätze von Treu und Glauben erheischen nicht, daß wer einen anderen für gewisse Gelderhebungen, z. B. bei der Post oder bei Privatpersonen, bevollmächtigt hat, unter allen Umständen so angesehen werde, als ob er ihm auch Vollmacht für andere Gelderhebungen, insbesondere bei anderen öffentlichen Kassen, erteilt habe, namentlich wenn etwa bei diesen Kassen die Auszahlung der Gelder davon abhängt, daß der Kasse eine mit der Unterschrift des Gläubigers selbst versehene Quittung übergeben wird.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Literatur: Richard Fuchs, Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen, AbürgR. **34** 368—438. — Schühly, Die Beweislast bei der auflösenden Bedingung und beim Vorbehalte. Karlsruhe 1910.

§ 158. I. 1. *Schühly, Beweislast bei der auflösenden Bedingung und beim Vorbehalte. Beruft sich der Beklagte darauf, seine Verpflichtung bestehe wegen Eintritts einer auflösenden Bedingung nicht mehr, so gibt er zu, daß die vom Kläger geltend gemachte Rechtswirkung einmal entstanden ist, behauptet aber, sie sei wieder erloschen. Für diese Endigung trifft ihn, da der Kläger mit dem Nachweise der entstandenen Rechtswirkung genug getan hat, die Beweislast. Beweisthema ist der Eintritt der Bedingung und deren Vereinbarung. Behauptet der Beklagte, die Bedingung schwebe noch, so muß der Kläger dartun, daß er unbeschränkt über sein Recht verfügen kann. — Die wesentliche Bedeutung eines bei der Leistung gemachten Vorbehalts liegt in der Änderung der Beweislast.

2. Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 90 ff. Bei einem Kaufe kann der Eintritt der aufschiebenden Bedingung nicht mehr wirken, wenn die verkaufte Sache bereits untergegangen ist. Daher erhält der Verkäufer, auch wenn er die Sache vor dem Untergange dem Käufer übergeben hatte, keinen Kaufpreis, falls diese vor dem Eintritte der Bedingung zugrunde geht. Ist die dem Käufer übergebene Sache bei Eintritt der Bedingung nur verschlechtert, so wirkt die Bedingung trotzdem voll. Sie ist nicht etwa, soweit die Erfüllung des Vertrags infolge der Verschlechterung unmöglich geworden ist, unwirksam, so daß auch der Kaufpreis nicht voll zu zahlen wäre und der Verkäufer die Gefahr trüge. Der Vertrag wird vielmehr ebenso vollgültig, wie ein über eine von Anfang an fehlerhafte Sache abgeschlossener

unbedingter Kaufvertrag. Daher mindert sich bei einer nach der Übergabe eingetretenen Verschlechterung die Kaufpreisforderung nicht, d. h. der Käufer trägt die Gefahr der Verschlechterung.

3. Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Klagt der Kläger aus einem Vertrag auf Erfüllung und macht er Beklagte dagegen geltend, die Wirksamkeit des Vertrags sei von einer beim Abschlusse des Vertrags hinzugefügten, nicht eingetretenen (näher substantiierten) aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht, so trifft den Kläger die Beweislast. Beruft sich der Kläger auf einen schriftlichen Vertrag, in welchem von einer aufschiebenden Bedingung keine Rede ist, so muß der Beklagte die mündliche Hinzufügung der Bedingung beweisen.

II. Aus der Praxis. a) **RG.** R. **10** Nr. 20. Die vor der wirklichen Übernahme der Bürgschaft abgegebene Erklärung des Bürgen: „ich übernehme die Bürgschaft nur, wenn die Brandkassentaxe .... M beträgt", macht die Bürgschaft nicht zu einer bedingten. b) **RG.** R. **10** Nr. 19. Eine auf vergangene Ereignisse gestellte Bedingung macht das Rechtsgeschäft selbst dann nicht zu einem bedingten, wenn die Parteien über den Eintritt jener Tatsachen noch im ungewissen sind. c) **RG.** JW. **10** 747. Ein aufschiebend bedingtes Darlehnsversprechen erzeugt eine rechtliche Gebundenheit für den Versprechenden, vermöge deren bereits mit dem Abschlusse des Geschäfts eine Rechtslage zugunsten des Versprechensempfängers begründet wird, die man Anwartschaft, Warterecht oder sonstwie nennen mag, die aber jedenfalls als von der Rechtsordnung anerkanntes und geschütztes subjektives Recht vererblich, pfändbar und abtretbar ist. d) **RG.** R. **10** Nr. 3451. Das Vorliegen einer Bedingung wird durch eine Vertragsfassung nicht ausgeschlossen, die zunächst nur einer Zeitbestimmung entspricht.

§ 161. 1. Siber, KrVJSchr. **49** 56 ff., tritt den Ausführungen Hellwigs, Grenzen der Rückwirkung (JDR. **6** Ziff. 1) über die für den Pendenzzustand charakteristischen Momente im wesentlichen bei und führt aus: Die Anwartschaft ist nicht nur der Keim eines werdenden Rechtes, auch nicht ein vom Rechte des Verfügenden qualitativ verschiedenes Recht, sondern ein Ausschnitt aus dem letzteren (59). Auch abgesehen von der zeitlichen Begrenzung ist bei befristeter oder bedingter Rechtsnachfolge das Recht des ersten Inhabers unvollkommener, als das des letzten. Bei aufschiebend befristeter oder bedingter Übereignung ist das Recht des Veräußerers, bei Übereignung unter Endtermin oder auflösender Bedingung das des Erwerbers, bei der Nacherbeinsetzung das des Vorerben auch inhaltlich hinsichtlich der ihm zeitweilig zustehenden Macht nur ein beschränktes (61). Was Hellwig als Rückwirkung des Bedingungseintritts auffaßt, wird in Wahrheit als ein Zusammenwirken des Eintritts der Bedingung und der schon während ihres Schwebens bestehenden Beschränkung des Rechtes dessen anzusehen sein, der suspensiv verfügt oder resolutiv erworben hat (62).

2. *Schachian, Relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte 44 ff. Die durch § 161 Abs. 1 BGB. geschaffene Unwirksamkeit ist eine relative, die in Ausdehnung des Rechtes desjenigen besteht, zu dessen Gunsten zuerst bedingt verfügt worden ist. Aus grundbuchtechnischen Gründen erscheint die Sperrung des Grundbuchs nach der bedingten Verfügung unerläßlich bis zur Löschung des Rechtes des bedingt Berechtigten.

3. *Richard Fuchs, AbürgR. **34** 368 ff. Wenngleich der Wortlaut des § 161 eine Konstruktion der Rückwirkung des Bedingungseintritts enthält, so beruht dennoch diese Vorschrift nicht auf dem Prinzipe der Rückwirkung, was sich daraus ergibt, daß durch eine andere Formulierung die gleichen Rechtsfolgen unter Vermeidung der Rückwirkungskonstruktion herbeigeführt werden könnten (387 ff.). Ebensowenig ist die Verfügungsbeschränkung des in der Schwebezeit Berechtigten auf eine Gebundenheit durch ein „Anwartschaftsrecht" des mit Eintritt der Bedingung Berech-

tigten zurückzuführen; denn einmal kommt § 161 auch in Fällen, in denen ein solches Anwartschaftsrecht nicht vorhanden ist, zur Anwendung, und ferner scheitert speziell für die Resolutivbedingung diese Konstruktion an der Einheitlichkeit des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts (461 ff.). Vielmehr ist § 161 ein Ausfluß des Prinzips der Rechtsnachfolge, dem gemäß von zeitlich begrenzten Rechten auch nur zeitlich begrenzte Rechte abgeleitet werden können (415 ff.). Aus diesem Prinzipe folgt aber die analoge Anwendung des § 161 auf die in der Schwebezeit an bedingt übereigneten Sachen entstandenen gesetzlichen Pfandrechte, obwohl sie nicht einer Verfügung ihren Ursprung verdanken (381 ff., 423 ff.); diese Pfandrechte erlöschen demnach grundsätzlich mit Eintritt der Bedingung. Nach § 161 Abs. 3 bleiben jedoch die mit Besitzerwerb verbundenen gesetzlichen Pfandrechte bestehen, es sei denn, daß der Erwerber sich zur Zeit ihrer Entstehung nicht in gutem Glauben befand (424 ff.); in bezug auf das Pfandrecht des Werkunternehmers (BGB. § 647) und des Pächters (BGB. § 590) gehört zum Vorhandensein des guten Glaubens ein Erwerbsbewußtsein auf seiten des Pfandgläubigers (429 ff.). Ein zugunsten des Erwerbers des gesetzlichen Pfandrechts gegen den Eigentümer der Schwebezeit ergangenes Urteil hat nach Eintritt der Bedingung, gleichviel ob sie aufschiebend oder auflösend ist, keine Rechtskraft gegenüber dem neuen Eigentümer (434 ff.).

§ 162. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1066. Soll durch die bei einem Lieferungsvertrage vereinbarten Überpreise eine bereits bestehende Schuld des Käufers getilgt werden und nach Deckung der Schuld eine Rückübertragung der dem Lieferanten sicherungshalber übereigneten Sachen erfolgen, so ist der Lieferant zu dieser Rückübertragung auch schon vor völliger Deckung der Schuld verpflichtet, wenn er seine Lieferungspflicht vertragswidrig nicht erfüllt, denn hierin liegt zugleich ein vertragswidriges Verhalten des Lieferanten in bezug auf seine Verpflichtung nach Tilgung der Schuld das Eigentum an den ihm übereigneten Sachen auf den Käufer zu übertragen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 21. Ist eine mündliche Vertragsberedung deshalb nicht rechtswirksam geworden, weil die vereinbarte Schriftform nicht gewahrt wurde, so können dem gegenüber, der die Tätigung eines schriftlichen Vertrags weigerte, Ansprüche aus dem Vertrage nicht mit der Begründung geltend gemacht werden, daß er durch seine Weigerung den Eintritt der Bedingung für die Rechtswirksamkeit des Vertrags wider Treu und Glauben vereitelt habe.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Literatur: Bodenheim, Vom Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters, SeuffBl. **10** 454—457. — Holländer, Die gewillkürte Stellvertretung. Berlin 1910.

§§ 164 ff. I. 1. *Süß, Grundgedanken des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts 66. Bei der übergangsrechtlichen Beurteilung der Vertretung und Vollmacht ist das Innenverhältnis von dem Außenverhältnisse zu unterscheiden. Ersteres bestimmt sich, weil vorübergehend, auch nach dem 1. 1. 00, nach bisherigem Rechte, letzteres wegen der dauernden Wirkung gegen Dritte nach BGB. (vgl. Vorbem. zum 4. Abschn. der Übergangsvorschr. des EGBGB.). (Ebenso im Ergebnis Affolter, System des deutschen bürgerl. Übergangsrechts 98.)

2. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcivPr. **106** 439, wendet sich gegen **RG. 61** 207 ff. (vgl. auch JDR. **4** Ziff. 3) und führt aus, daß der Vertretene auch für jeden Betrug, für jede Veruntreuung des Vertreters einstehe, wenn eine dieser Handlungen in den Rahmen der Vertretungsmacht falle. Denn Sache des Vertretenen war es, einen zuverlässigen Vertreter auszusuchen, ihn gehörig zu instruieren und zu kontrollieren und sich erforderlichenfalls durch Stellung einer Kaution gegen ein allzugroßes Risiko zu sichern. Da alle diese Möglichkeiten lediglich in die Hand des Vertretenen gegeben sind, während der Dritte,

der sich auf Verhandlungen mit dem Vertreter eingelassen hat, keinerlei Einfluß besitzt, so hat der Vertretene mit Recht alle Schäden zu tragen, die dem Vertretungsrisiko entsprechen (s. auch unten Ziff. II 2).

3. Stellvertreter und Bote (vgl. JDR. 7 Ziff. I 3). Jacobi, KrVJSchr. **49** 83. Bote ist 1. im Sinne des § 165 der Geschäftsunfähige, der die Erklärung eines anderen überbringt, ganz gleich, ob er sich als solcher oder als selbst einen Rechtsgestaltungswillen Fassender ausgibt; 2. Bote im Sinne des § 166 ist, a) soweit es sich um die Wirksamkeit der Erklärung handelt, wer keine freien Gestaltungsrechte bezüglich der Willenserklärung hat; das Gesetz bezeichnet eine Gruppe der hierher gehörigen Personen zwar als Stellvertreter, doch ist es gleichgültig, wie weit diese reicht, da sie dem Boten gleichsteht; b) bezüglich der Haftung aus der Erklärung wegen Unaufgeklärtheit des Vermittlers ist Bote, wer nach außen als solcher auftritt; 3. im Sinne von §§ 120, 121 ist Bote, wer nach außen vorgibt, daß er nur den Rechtsgestaltungswillen des Vertretenen überbringe und wer auch hierzu Vollmacht hat (84).

4. *Klein, ÖstZBl. **28** 465—484, 553—566, 642—654, 705—727, erörtert die Frage, inwieweit bei den Rechtshandlungen im engeren Sinne Vertretung (die Vertretungsmacht beruht auf Gesetz; die Vertretungsmacht beruht auf Willensakt; Vertretung ohne Vertretungsmacht) möglich ist.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 27. 4. 10, **73** 306 ff., R. **10** Nr. 2159. Hat der Berechtigte einen anderen ermächtigt, das Recht für den Berechtigten, aber in eigenem Namen und auf eigene Gefahr und Kosten gerichtlich geltend zu machen, so muß er alle Rechtshandlungen des Ermächtigten ebenso gegen sich gelten lassen, wie wenn er sie selbst oder durch einen Bevollmächtigten mit dem Gegner vorgenommen hätte. Dies gilt auch hinsichtlich der Wirkung des ergehenden Urteils. Der Ermächtigende muß, weil er mit der Prozeßführung über sein Recht den Ermächtigten betraut hatte, auch ein ungünstiges Urteil als gegen ihn wirksam anerkennen und kann sich nicht etwa darauf berufen, daß er an dem Rechtsstreite nicht als Partei beteiligt gewesen sei. Vgl. unten zu § 185.

2. Betrug des Vertreters (s. zunächst oben Ziff. I 3). SchlHolstAnz. **10** 364 (Kiel). Wegen eines vom Vertreter bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses verübten Betrugs ist dem Getäuschten nur die Anfechtung des Vertrags aus § 123 BGB. als einziges Schutzmittel gegeben, wodurch er gemäß § 249 Wiederherstellung des früheren Zustandes erlangt. Die weitergehende Vertragsklage auf Schadensersatz in Geld hat der Getäuschte gegen den Vertretenen nur dann, wenn er sich jede ihm erheblich scheinende Erklärung des Stellvertreters des anderen Vertragsteils vertragsmäßig, insbesondere wo Formvorschriften bestehen, urkundlich geben läßt.

3. **RG.** 7. 10. 10, JW. **10** 1000. Es ist allerdings anerkannten Rechtens, daß der Beauftragte, der für fremde Rechnung aber im eigenen Namen einen Vertrag geschlossen hat, beim Bruche des Vertrags durch seinen Vertragsgegner von diesem Ersatze des vollen Schadens, nicht nur des ihm, sondern auch des dem Vertretenen erwachsenden Schadens beanspruchen kann (vgl. **RG. 58** 42, **62** 334). Dieser Satz erleidet aber eine Einschränkung, wenn der Vertreter den Vertretenen nicht schadlos gehalten hat und nicht schadlos zu halten braucht, die Ersatzleistung also lediglich eine Bereicherung des Vertreters bilden würde.

§ 164. I. 1. *Holländer, Gewillkürte Stellvertretung 6 ff. Da von der Stellvertretung nur die Wirkung, nämlich die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Vertretenen aus dem Vertretergeschäfte, feststeht, so muß diese den Ausgangspunkt jeder Untersuchung des Stellvertretungsbegriffs bilden. Zunächst ist zu prüfen, auf welche Weise die Stellvertretungswirkung erzielt wird; Ergebnis: Die Initiative muß stets der Vertretene ergreifen, der allein ein Interesse daran

hat, daß das Geschäft mittels Stellvertretung vorgenommen werde. Dadurch, daß der Vertretene die Initiative ergreift, unterscheidet sich die Stellvertretung von der Genehmigung. — Der Vertretene muß ein doppeltes tun, um die Wirkung des Vertretergeschäfts herbeizuführen: Er ruft im Vertreter den Willen hervor, für ihn zu handeln (materielle Tätigkeit), und zweitens bewirkt er, daß das vom Vertreter und Dritten abgeschlossene Geschäft ihn selbst unmittelbar berechtigt und verpflichtet (formelle Tätigkeit). Die Tätigkeit des Vertreters und des Dritten ist korrespondierend: Sie erklären dadurch ihr Einverständnis mit dem Vertretenen, daß der Vertreter den Entschluß faßt, das Geschäft vorzunehmen, und daß beide, Vertreter und Dritter, dann das Geschäft mit Wirkung für den Vertretenen abschließen. Zur Herbeiführung der Stellvertretungswirkung ist mithin erforderlich: 1. daß der Vertretene bei dem Vertreter die Vornahme des Rechtsgeschäfts anregt und dieser daraufhin das Geschäft vornimmt; 2. daß Vertretener, Vertreter und Dritter übereinstimmend die Wirkungen des Vertretergeschäfts auf den Vertretenen erstrecken wollen. Über die Beteiligung des Vertretenen bei der Vornahme des Vertretergeschäfts vgl. unten Ziff. I 1 zu § 166; über das Abkommen der drei Beteiligten bezüglich der Wirkungen des Vertretergeschäfts vgl. unten Ziff. I 2 zu § 167.

2. *Schwarz, AbürgR. **35** 37 ff. Der Vertreter übt nicht die Willensmacht des Vertretenen, sondern seine eigene aus. Nach der herrschenden Lehre soll diese Willensmacht z. B. dem vertretenen Kinde oder Geisteskranken „zustehen", nur soll sie nicht durch diese selbst, sondern durch ihre Vertreter „ausgeübt" werden. Das ist Bildersprache. Jemand der psychologisch keinen Willen hat, kann auch juristisch keine Willensmacht haben. Die beliebte Wendung, daß der Vertretene „durch seinen Vertreter selber" handle, ist widersinnig; ich kann durch einen anderen ebensowenig „selber" handeln, wie ich durch einen anderen „selber" schlafen oder essen kann .... In Wahrheit vertritt der Vertreter nicht irgend wen, sondern irgend was: nämlich irgendeinen von der Rechtsordnung ihm anvertrauten Rechtszweck.

3. Über Anfechtung der Vollmacht wegen Irrtums vgl. Jacobsohn zu § 56 HGB.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **20** 62 (Hamburg). Erklärt in einem gerichtlichen Protokoll ein Vater, er kaufe für seinen Sohn und wird ein Sparkassenbuch des Sohnes als Kaufpreis übergeben, so ist damit unzweideutig der Kauf im Namen des Sohnes geschlossen.

2. **RG.** WarnE. **3** 328, R. **10** Nr. 3158. Rechte und Pflichten entstehen auch dann in der Person des Geschäftsinhabers, wenn der Dritte den Bevollmächtigten, mit dem er unterhandelt, für den Geschäftsinhaber hält (vgl. **RG. 67** 148 u. IDR. **7** Ziff. III 2).

3. OLG. **20** 63 (Königsberg), OLG. **20** 64 (Breslau). Schließt der Mann für die Frau Geschäfte ab, ohne das Vertretungsverhältnis zu erkennen zu geben, so erwirbt die Frau nur durch besondere Übertragung Ansprüche oder Eigentum daraus.

4. OLG. Posen, IDR. **8** Ziff. 8 jetzt auch OLG. **20** 60.

5. Abs. 2. a) **RG.** (Straff.) **43** 17 ff. Derjenige, mit dessen Mitteln ein Stellvertreter eine Sparkasseneinlage macht, wird auch dann Gläubiger der Sparkasse, wenn der Stellvertreter ihn der Sparkassenverwaltung gegenüber nicht als Einleger bezeichnet hat. Denn da die Sparkasse nur mit demjenigen den Darlehnsvertrag abschließen will, der ihr in Wirklichkeit das Darlehen gewährt, ist auf beiden Seiten der Abschluß des Geschäfts für den Vertretenen gewollt, so daß § 164 Abs. 2 nicht Platz greift. b) OLG. **20** 64/65 (Kiel) verwirft die z. B. von Endemann § 160 a, Neumann, Handausg. II f § 929, vertretene Ansicht, daß das erklärte Handeln in eigenem oder fremdem Namen nur die obligatorischen Wirkungen des Geschäfts berühre, an denen der andere Teil allein ein Interesse haben könne, während die Veräußerung eines dinglichen Rechtes ebenso wie der Erwerb eines solchen für einen

anderen möglich sei, ohne daß dieser bei dem Geschäfte genannt werde, weil der Veräußerer an der Person des Erwerbers regelmäßig kein Interesse nehme. Vgl. Dernburg I § 168, Planck Note 2 zu § 164. c) OLG. Rostock, JDR. 8 Ziff. 9 b auch OLG. **20** 61.

§ 166. I. 1. *Holländer, Gewillkürte Stellvertretung 11 ff., 14. Da der Vertretene den Willen des Vertreters, das Geschäft vorzunehmen, erst hervorruft, so ist er an der Schaffung der Willenserklärung mitbeteiligt; die Beteiligung zeigt sich stets darin, daß vom Vertretenen, nicht vom Vertreter volle Geschäftsfähigkeit verlangt wird. Je mehr die Direktive des Vertretenen ins einzelne geht, um so beschränkter ist das Tätigkeitsgebiet des Vertreters; ihre Grenze finden die Weisungen des Vertretenen darin, daß für den Vertreter noch die Möglichkeit zur Entfaltung eines Willens bestehen muß; denn sonst ist er Bote. Die Beteiligung des Vertretenen an der Willensbildung ist das Kennzeichen der Stellvertretung. Da das geltende Recht für die Beurteilung einer Willenserklärung nicht auf ihre letzten Ursachen zurückgeht, so bleiben Willensmängel in der Person des Vertretenen mit Recht unberücksichtigt.

2. Jacobi, KrVJSchr. **49** 109. Wenn jemand einem Wucherer zur Einziehung einer Forderung eine Vollmacht ausstellt, damit er so die Bewucherung ausführe, so ist die Vollmacht nichtig, sonst müßten bei Unstreitigkeit des Wuchers Richter und Gerichtsvollzieher bei der Bewucherung selbst mithelfen (aM. Rosenberg, Stellvertretung, JDR. **7** Ziff. I 2). Allerdings ist die Prozeßvollmacht zur Einziehung einer wucherischen Forderung niemals nichtig, denn diese soll nur ermöglichen, daß vom Gerichte geprüft wird, ob das Geschäft nichtig sei oder nicht.

II. **RG.** ElsLothJZ. **35** 282. Vollmacht ist nach § 166 Abs. 2 die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht. Vertretung in diesem Sinne liegt aber erst vor, wenn namens eines anderen eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben wird. Wenn jedoch jemand keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen für einen Dritten abzugeben, sondern nur Verhandlungen zu führen hat, welche die von dem Dritten selbst beim künftigen Vertragsschluß abzugebende Willenserklärung vorbereiten sollen, so hat er keine Vollmacht, sondern nur einen Auftrag.

§ 167. I. 1. *Regelsberger, JheringsJ. **58** 164. Die Erteilung einer Vollmacht ist wie jede Willenserklärung der Anfechtung wegen eines Willensmangels zugänglich. Aber einem Dritten, der im gerechtfertigten Vertrauen auf die Gültigkeit der angefochtenen Vollmacht gehandelt hat, kann die Ungültigkeit nicht entgegengehalten werden.

2. *Holländer, Gewillkürte Stellvertretung 26 ff. Das Abkommen der drei Beteiligten, durch welches die Wirkung des Vertretergeschäfts auf den Vertretenen erstreckt wird, ist die Vollmacht; sie erfordert wechselseitige Erklärungen zwischen den drei Beteiligten, wobei die Erklärungen zwischen dem Vertretenen und Dritten gewöhnlich durch bzw. an den Vertreter erfolgen; die Erklärungen zwischen dem Vertreter und Dritten werden bei Vornahme des Rechtsgeschäfts gewechselt, die Erklärungen zwischen dem Vertretenen und Vertreter erfolgen durch Erteilung der Direktive bzw. durch den daraufhin getätigten Geschäftsabschluß; die Vollmacht ist erst zustande gekommen mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Die Vollmacht erzeugt keine Macht, Befugnis oder Recht, sondern sie ist lediglich ein Zusatzabkommen zu dem Vertretergeschäfte, dessen rechtliche Folgen sie auf den Vertretenen erstrecken will. — Der wichtigste Teil des Vollmachtsabkommens ist die Erklärung des Vertretenen, die Vollmachtserteilung; die Erklärungen des Vertreters und des Dritten enthalten lediglich eine Annahme. Die Vollmachtserteilung ist an den Vertreter und an den Dritten gerichtet; eine nur an einen von beiden gerichtete Erklärung ist wirkungslos. Die gegenteilige Bestimmung des § 167 Abs. 1 ist mit dem Wesen der Vollmacht unvereinbar; sie ist nur aus ihrer Entstehungsgeschichte zu erklären.

II. 1. SeuffBl. **10** 401 ff. (KG.). Die Erklärung des Erblassers in seinem Testamente, daß er jemandem für sich und seine Erben Vollmacht erteile, begründet keine gemäß § 167 BGB. wirksame Vollmacht. Die Ausfertigung des eröffneten Testaments genügt nicht zum Nachweise der Befugnis zur Vertretung der Erben gegenüber dem Grundbuchamte.

2. **RG.** 14. 6. 09, JDR. 8 Ziff. II auch **RG. 71** 219, SeuffA. **65** 259.

§ 168. 1. *Holländer, Gewillkürte Stellvertretung 42 ff. Vollmacht und das ihrer Erteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis sind zwei verschiedene Rechtsakte. Das Innenverhältnis ist auch nicht Voraussetzung für die Entstehung der Vollmacht, sondern nur Motiv für den Vertretenen, Vollmacht zu erteilen. Dagegen beruhen Innenverhältnis und Vollmacht auf derselben Voraussetzung: dem Willen des Vertretenen, den Vertreter zu veranlassen, für ihn zu handeln. Erlischt das Innenverhältnis wegen Nichtigkeit oder Fortfall dieses Willens, so endigt auch die Vollmacht. Die anscheinend viel weitergehende Vorschrift des § 168 Satz 1 führt, abgesehen von einem Ausnahmefalle (Fall des § 87 Abs. 2 ZPO.), zu demselben Ergebnisse; sie nimmt aber eine Abhängigkeit der Vollmacht von dem Innenverhältnis an, die in Wirklichkeit gar nicht besteht.

2. SeuffA. **65** 138 ff. (Dresden). Die vom Erblasser erteilte Vollmacht erlischt durch Widerruf schon dann, wenn auch nur einer der Miterben dem Bevollmächtigten den Widerruf erklärt.

§ 169. *Holländer, Gewillkürte Stellvertretung 65 ff. Nur der gutgläubige Dritte hat ein schutzwürdiges Interesse an dem Fortbestehen der erloschenen Vollmachtserteilung, nicht aber (von einer belanglosen Ausnahme abgesehen) der gutgläubige Vertreter, da er bereits ausreichend durch das Fortbestehen des Innenverhältnisses geschützt wird. Wenn das BGB., abweichend von allen sonstigen neueren Gesetzbüchern, den Schutz des Vertreters in den Vordergrund stellt, so liegt das daran, daß das Gesetz das Fortbestehen der Vollmacht als von dem des Innenverhältnisses abhängig auffaßt. Das Gesetz läßt nicht in allen Fällen, in denen ein schutzwürdiges Interesse des Dritten vorliegt (70), die Vollmachterteilung fortbestehen, und läßt sie umgekehrt fortbestehen, wenn ein schutzwürdiges Interesse fehlt (80 f.).

§ 172. *Holländer, Gewillkürte Stellvertretung 69 f., 76 f. Die Vollmachtsurkunde erbringt vollen Beweis dafür, daß der Vertretene Vollmacht erteilt hat; sie ist also Beweisurkunde. Mit Unrecht faßt das Gesetz die Vorlegung der Vollmachtsurkunde als Surrogat der Vollmachtserteilung auf, wodurch die Vorlegung der Urkunde ein konstitutiver Rechtsakt würde.

§ 174. **RG.** 12. 10. 10, **74** 263 ff., JW. **10** 1000 lehnt unter eingehender Berücksichtigung der Literatur eine analoge Ausdehnung der im § 174 BGB. für den Fall der Vollmacht gegebenen Vorschrift auf die Fälle der Vormundschaft (Pflegschaft) ab. Die Bestallung hat nur die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses, daß die darin bezeichnete Person nach Maßgabe des Inhalts der Bestallung zum Vormunde (Pfleger) bestellt worden ist, nicht aber den Charakter eines Legitimationspapiers in dem Sinne, daß der gutgläubige Dritte, der sich auf Grund der ihm vorgelegten Bestallung mit dem Vormunde (Pfleger) auf Rechtsgeschäfte einläßt, gegen inzwischen eingetretene, aus der Bestallung sich nicht ergebende Änderungen der Vertretungsmacht des in der Bestallung Bezeichneten geschützt wird. Sie hat also nicht den Charakter der Vollmacht (265).

§ 175. OLG. Hamburg, JDR. **8** auch OLG. **20** 67.

§ 177. 1. *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 374. Maßgebend ist lediglich der Ablauf der vom Gesetze im Abs. 2 bestimmten Frist, durch die völlige Klarheit für alle Beteiligten geschaffen werden soll. Auf die Begleitumstände kommt nichts an. Nur eine unzweideutige Erklärung kann den Eintritt der gesetzlichen Folgen des Fristablaufs hemmen.

2. **RG.** DJZ. **10** 1298, R. **10** Nr. 3159, WarnE. **3** 328. Hat A. den ohne Vollmacht für C. auftretenden B. bei den Vertragsverhandlungen für den Geschäftsinhaber C. angesehen und läßt A. darauf über die Abmachungen mit B. dem C. ein Bestätigungsschreiben zugehen, so liegt der Fall des § 177 Abs. 2 überhaupt nicht vor. Denn die Absendung eines Bestätigungsschreibens hat mit der Aufforderung des Abs. 2 nichts zu tun. Es ist vielmehr Tatfrage, ob in dem Schweigen des C. eine Genehmigung des Geschäfts zu finden ist.

§ 179. a) OLG. **20** 67 (Hamm). Gibt ein nicht berechtigter Vertreter eines Drittschuldners dem Zessionar unrichtige Auskunft über die Forderung des Zedenten, so haftet er nicht aus § 179. **b) RG.** JDR. **8** Ziff. II 3 a auch NaumburgAK. **10** 3.

§ 180. Satz 3. Über den Inhalt der nach § 180 Satz 3 vom Vertretenen zu erteilenden Genehmigung und über die Konsequenzen, die sich daraus für den Fall ergeben, daß der falsus procurator oder der Vertretene die abgegebene Erklärung mißverstanden hat, vgl. *Titze, Mißverständnis 506 ff.

§ 181. 1. *Rohde, ZBlFG. **11** 155. Ein Rechtsgeschäft mit sich selbst nimmt der Vertreter auch vor, wenn er sich im Namen des Vertretenen die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilt, mag er diese auch gemäß § 182 dem anderen Teile gegenüber erklären. So kann der Ehemann als Vormund seiner Frau sich nicht die Zustimmung gemäß § 1375 erteilen. Analogie der Vollmacht, deren Grundsätze übertragen sind (Mot. I 246).

2. KGJ. **39** A 235 ff., RJA. **10** 238 (KG.). Es besteht die Möglichkeit, daß der Gläubiger, der die Löschung der für ihn eingetragenen Hypothek bewilligt, gleichzeitig in wirksamer Weise als Bevollmächtigter des Grundstückseigentümers die Löschung der Hypothek beantragt oder die Zustimmung zur Löschung erklärt, wenn nämlich sowohl die Löschungsbewilligung als auch die Zustimmung zur Löschung dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben werden. In diesem Falle kommt die Vorschrift des § 181 BGB. nicht zur Anwendung, da die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst nicht vorliegt. Der Gläubiger handelt vielmehr in diesem Falle bei der Abgabe der Aufhebungserklärung lediglich in eigenem Namen, bei der Abgabe der Zustimmungserklärung für den Eigentümer lediglich als dessen Vertreter. Er nimmt mithin kein Rechtsgeschäft gleichzeitig in seiner Doppelstellung als Gläubiger und als Vertreter des Eigentümers vor, sondern handelt bei jedem der beiden selbständigen Rechtsgeschäfte nur in einer Eigenschaft (abweichend früher KGJ. **23** A 247 [KG.]).

3. **a)** RJA. **10** 197 ff. (KG.). Die Erklärung auf das erhöhte Kapital einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine Stammeinlage übernehmen zu wollen, kann auch durch einen Vertreter erfolgen, der zugleich im eigenen Namen eine Stammeinlage übernimmt, denn § 181 kommt nicht in Betracht, da die Übernahmeerklärung einen Teil eines Vertrags bildet, der zwischen dem Übernehmer und der Gesellschaft geschlossen wird. Daß der Vertreter auch für sich selbst der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung zur Übernahme einer Stammeinlage eingegangen ist, berührt das zwischen ihm und dem Vertretenen bestehende Auftragsverhältnis in keiner Weise, da die mehreren Übernehmer durch die Übernahmeerklärung allein nicht in ein Vertragsverhältnis zueinander treten. **b)** FrankfRundsch. **44** 201 (LG. Limburg). Wohl ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung befugt, ihrem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren zu gestatten. Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß auch dem einzigen Gesellschafter die Befugnis zustehe, sich selbst als Geschäftsführer die Erlaubnis zu erteilen, ein Rechtsgeschäft mit sich selbst im eigenen Namen abzuschließen (vgl. **RG. 68** 179).

4. OLG. **20** 68 (Dresden). Der Käufer kann durch privatschriftliche Vollmacht ermächtigt werden, den Verkäufer beim Abschlusse des notariellen Vertrags zu vertreten.

5. **RG.** 8. 10. 10, R. **10** Nr. 3893. Ein vom Vater im Namen der von ihm gesetzlich vertretenen Kinder mit sich im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft ist auch dann unwirksam, wenn es sich um eine Schenkung handelt.

6. a) Bodenheim, SeuffBl. **10** 454 ff., wendet sich gegen **RG. 67** 61, **71** 162 (JDR. **6** Ziff. II 3, 8 Ziff. 1). Er führt aus: Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt beim gesetzlichen Vertreter nicht, wenn die Gestattung des Gegenteils sich aus den Umständen, dem Zwecke der in Frage stehenden Rechtshandlung und aus der Verkehrsübung ergibt. Daß der für mehrere Mündel vom Gesetze regelmäßig gewollte (§ 1775 BGB.) eine Vertreter sie alle vertreten kann, muß überall da angenommen werden, wo die Rechtslage aller dieselbe ist und auch die Beschaffenheit der Umstände keinerlei Anlaß gibt, an eine verschiedene Behandlung der einzelnen zu denken, wo Sonderinteressen sich nicht gegenüberstehen. **b)** ElsLothJZ. **10** 392 (Colmar) erklärt sich für die Zulässigkeit der Vertretung einer Mehrheit von Minderjährigen durch einen Pfleger bei Erbauseinandersetzung zwischen dem wieder verheirateten Vater und seinen erstehelichen Kindern in dem Falle, wenn sich die Minderjährigen nicht als Gegenpartei gegenüberstehen, sondern allen Minderjährigen eine Herauszahlung gemeinsam zugewiesen wird. Dieser Auffassung steht nicht entgegen **RG. 71** 162.

7. Hoeniger, DJZ. **10** 1347. Es ist dem Vertreter außer bei besonderer Gestattung nicht nur verboten, mit sich selbst zu kontrahieren, sondern auch für sich selbst im Namen des Vertretenen durch ein Geschäft mit einem Dritten zu interzedieren. Bloße Vollmacht legitimiert ausschließlich zur Wahrnehmung der Interessen ihres Gebers. Mischen sich in das Geschäft auch eigene Interessen des Vertreters, so muß ihm dessen Vornahme durch rechtsgeschäftliche Erklärung des Vertretenen besonders gestattet sein. — Wenn auch, wie **RG. 71** 219 (schon JDR. 8 Ziff. 3) mit Recht ausführt, § 181 unmittelbar nicht anwendbar ist, so führt doch seine analoge Anwendung zu diesem Ergebnisse.

Sechster Titel. Einwilligung und Genehmigung.

Literatur: Arthur Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchotsBeitr. **54** 226—253.

§ 182. *Rohde, ZBlFG. **10** 744. Auf Erklärungen, die vor oder gegenüber einer Behörde abzugeben sind, bezieht sich § 182 nicht. Diese Erklärungen sind nach dem Sprachgebrauche des BGB. keine Rechtsgeschäfte, die einem anderen (= Beteiligten) gegenüber vorzunehmen sind (Mot. I 518 zu § 143 BGB., Breit, ZBlFG. **4** 571). Gegenüber der Ausnahme des § 182 findet vielmehr die Regel Anwendung, daß die zur Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts erforderliche Zustimmung eines anderen als Bestandteil des Geschäfts auch der gleichen Form bedarf wie dieses. Die Einwilligung des Vormundes zur Ausschlagung einer Erbschaft durch seinen Mündel ist in öffentlich beglaubigter Form dem Nachlaßgerichte gegenüber zu erklären (§ 1945 BGB.).

§ 185. 1. *Arthur Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchotsBeitr. **54** 226 ff. Die Verfügung über künftige Rechte ist, sofern nicht besondere, z. B. sachenrechtliche Vorschriften entgegenstehen, allgemein zulässig; denn das Gesetz selbst kennt eine Reihe solcher Vorausverfügungen, und eine Unterscheidung, inwieweit zu dem künftigen Rechte „der Grund gelegt" ist, ist nicht durchführbar. — Die Wirkung einer Vorausverfügung ist ebenso wie die Verfügung über fremde Rechte nach § 185 Abs. 2 zu beurteilen, jedoch nur dann, wenn die Verfügung mit einem anderen als dem gewollten Inhalte wirksam wird, also insbesondere, wenn die Parteien die sofortige Wirksamkeit der Verfügung vereinbaren, weil sie glauben, das Recht existiere bereits. Solche Fälle dagegen, in denen die Verfügung erst mit dem Erwerbe bzw. der Entstehung des Rechtes wirksam werden soll,

betrifft § 185 Abs. 2 nicht; dieselben sind vielmehr nach Analogie der Bedingung zu behandeln. Praktisch kommt man allerdings in beiden Fällen meist zu demselben Ergebnisse.

2. **RG. 73** 306 ff. Wenn einem anderen im voraus die Zustimmung erteilt werden kann, daß er durch Rechtshandlungen, die er in eigenem Namen vornehmen werde, über ein Recht des Zustimmenden verfüge, so muß auch die Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigenden durch den Ermächtigten in eigenem Namen und auf eigene Gefahr und Kosten zulässig sein.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§ 188. RG. 10. 3. 10, GruchotsBeitr. **54** 1127, SeuffBl. **10** 779. Aus § 188 BGB. ist nicht herzuleiten, daß, wenn die Vornahme einer Handlung die Mitwirkung des anderen Teiles erfordert, der andere unbedingt verpflichtet wäre, seine Mitwirkung bis zum letzten Fristteil, also auch noch während der Nachtstunden bis zum gänzlichen Ablaufe des letzten Fristtags eintreten zu lassen.

§ 193. KfmG. Stettin, GewuKfmG. **15** 224. Eine Kündigung kann auch an einem Sonntag ausgesprochen werden. Der Satz, daß am Sonntag eine Erklärung nicht abgegeben werden könne, ist aus § 193 nicht abzuleiten.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Stölzel, Zur abgekürzten Verjährung des § 196 BGB., R. **10** 521—539.

§§ 194 ff. 1. **RG.** 1. 2. 10, JW. **10** 244 f. Die in Versicherungsverträgen übliche Bestimmung, daß beim Unterlassen der Klagerhebung innerhalb bestimmter Frist seit dem schädigenden Ereignisse jeder Anspruch aus der Versicherung durch den bloßen Fristablauf erlischt, ist nicht auf Abkürzung der gesetzlichen Verjährung gerichtet, sondern dahin aufzufassen, daß der Versicherer nur ein in seiner Ausübung beschränktes Recht gewährt, bei dem die Nichtgeltendmachung innerhalb der Ausschlußfrist ohne weiteres den Untergang des Anspruchs, nicht aber nur eine Befugnis des Versicherers, die immerhin weiter geschuldete Leistung zu verweigern, zur Folge hat. Auf eine derartige Ausschlußfrist sind aber die in den §§ 194 ff. für die Verjährung gegebenen Vorschriften nur anwendbar, wenn und soweit dies im Gesetze vorgeschrieben ist oder es im einzelnen Falle dem erkennbaren Vertragswillen entspricht. Wenn eine Versicherungsgesellschaft sich in üblicher Weise gegen die Nachteile, die eine Verzögerung der Angelegenheit regelmäßig für sie mit sich zu bringen pflegt, durch die Bestimmung zu schützen versucht, daß jeder Anspruch ohne weiteres erlischt, wenn er nicht binnen 6 Monaten bei dem zuständigen Gericht eingeklagt wird, kann eine entsprechende Anwendung des § 212 BGB. nicht als im Willen der Vertragschließenden gelegen angesehen werden.

2. KGBl. **10** 38 (KG.). Bei der kumulativen Schuldübernahme läuft für die mehreren Schuldner dieselbe Verjährungsfrist; die für das zugrunde liegende Schuldverhältnis maßgebende Verjährungsfrist ändert sich nicht dadurch, daß auf der Schuldnerseite noch eine andere Person als Schuldner eingetreten ist.

§ 196. I. Nr. 1. 1. Hinsichtlich der Frage, ob die abgekürzte Verjährung des § 196 bei Kaufleuten mit dem **RG. 62** 178 ff. (JDR. **5** Ziff. I b) nicht vom Ende des Jahres der Warenlieferung, sondern des Vertragsabschlusses zu berechnen ist, setzt sich Stölzel, R. **10** 521 ff., mit Franckes Ausführungen, ABürgR. **32** 369 ff. (JDR. **7** Ziff. I 1), auseinander und führt aus: Der Anspruch auf den Kaufpreis einer gelieferten Ware unterliegt (gegensätzlich zum Anspruch auf den Kaufpreis einer nicht gelieferten Ware) der abgekürzten Verjährung, welche vom Schlusse des Jahres läuft, in dem die Lieferung geschah. Ist jedoch die Zahlung bis zum Ablauf einer über diesen Zeitpunkt hinausreichenden Frist gestundet,

so beginnt die abgekürzte Verjährung mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Frist abläuft. Vgl. auch Stölzel, JDR. **6** Ziff. I b.

2. Forderungen der Bauunternehmer (s. JDR. **5**, **6**, **7** Ziff. III 1). R. **10** Nr. 4053 (Hamburg). Es macht bei Anwendung des § 196 Nr. 1 BGB. keinen Unterschied, ob es sich um bedeutende oder kleine geschäftliche Leistungen handelt, ob ein Werkvertrag oder Dienstvertrag den Gegenstand des Anspruchs bildet. Deshalb unterliegt auch der Anspruch aus der Übernahme eines Hausbaues der kurzen Verjährung.

3. Gewerbebetrieb (JDR. **2**, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. I 3, **5** Ziff. II 3, **6** Ziff. II 2). a) **RG.** 5. 7. 10, **74** 150, JW. **10** 803. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 196 setzt voraus, daß die Absicht nicht auf ein einzelnes oder mehrere einzelne Geschäfte gerichtet sein muß, sondern auf einen Kreis auf die Dauer unternommener Geschäfte als Ganzes, das als eine dauernd und berufsmäßig fließende Einnahmequelle dienen soll. Es kann daher das Weitervermieten eines im ganzen gemieteten Hauses durch den Mieter an verschiedene Personen als ein Gewerbebetrieb im Sinne des § 196 Nr. 1 angesehen werden. **b)** OLG. **20** 73 (KG.). Die Lieferung von Zeichnungen zur Entschließung darüber, ob auf einem Grundstück eine Fabrik errichtet werden soll, erfolgt nicht für den Gewerbebetrieb. **c)** OLG. **20** 72 (KG.). Eine Vereinigung von Gläubigern, die, um ihre Forderungen zu retten, die Bauten ihres Schuldners fortsetzen, betreibt kein Gewerbe, denn eine solche Gesellschaft will nur die Forderungen ihrer Mitglieder retten, aber sonst nichts erwerben. **d)** R. **10** Nr. 1492 (Cassel). Die Forderung für den Kaufpreis von Futtermitteln, die der Käufer zur Fütterung der von ihm für seine Landwirtschaft angeschafften und verwendeten Pferde gekauft hat, verjährt in zwei Jahren, auch wenn der Käufer diese Pferde gelegentlich zu gewerblichen Fuhren benutzt hat.

4. Landwirtschaft kein Gewerbebetrieb (JDR. **4** Ziff. I 3 c, **5** Ziff. II 3 c). OLG. **20** 71 (KG.). Die Landwirtschaft ist kein „Gewerbebetrieb" im Sinne des § 196 Nr. 1. Der Landwirt treibt, sofern nicht Nebenbetriebe in Betracht kommen, Ackerbau und Viehzucht. Die letzte wird allerdings in gewissem Umfange der GewO. (§ 6 das.) unterstellt. Aber daraus läßt sich für den Ausdruck Gewerbebetrieb im § 196 BGB. kein Auslegungsmoment herleiten. Ebenso BreslauAK. **10** 30 (Breslau).

5. Then, SeuffBl. **10** 458 f. Der Anspruch auf Rückgabe der Verpackung unterliegt der kurzen Verjährung, da jede Emballage unter den Begriff der Auslagen der Nr. 1 fällt. Vgl. auch Wolf, DJZ. **05** 1159, JDR. **4** Ziff. I 2.

6. **RG.** 28. 9. 10, **74** 161, JW. **10** 934. Kuxe sind keine „Waren" im Sinne des § 196 Nr. 1 (Ansprüche „für Lieferung von Waren") BGB., da hierunter nur bewegliche körperliche Gegenstände des Handelsverkehrs zu verstehen sind.

7. SächsRpflZ. **10** 236 f. (Dresden). Alle aus Geschäftsbesorgungen oder Diensten entstandenen Forderungen werden von der kurzen Verjährung betroffen. Zu solchen Geschäftsbesorgungen gehört auch die Übernahme eines Risikos, z. B. die Hergabe von Gefälligkeitsakzepten, die Übernahme einer Bürgschaft.

II. Nr. 7. **RG.** 16. 11. 09, **72** 179 ff., JW. **10** 8, SächsRpflA. **10** 44, BauersZ. **17** 105 (Dresden). Die Nr. 7 des § 196 bezieht sich nicht nur auf die alltäglichen, kleinen gewerbsmäßigen Besorgungen, sondern in gleicher Weise auch auf seltener vorkommende, wirtschaftlich höchst bedeutsame und einschneidende Geschäfte.

III. Nr. 12. Josef, JW. **10** 57/58. § 196 Nr. 12 BGB. setzt nicht voraus, daß die Personen, die andere zur Verpflegung oder Erziehung aufnehmen, sich gewerbsmäßig mit der Verpflegung oder Erziehung befassen. AM. **RG. 60** 340, JDR. **4** Ziff. III.

§ 197. 1. Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken (vgl. Eccius, GruchotsBeitr. **45** 453, JDR. **1**). *Sachs, JheringsJ. **58** 323 ff. Aus der Gleichstellung der als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge mit den Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen ist nicht zu folgern, daß die ersteren wirklich wiederkehrende Leistungen im technischen Sinne sind oder auch nur in jeder Beziehung wie diese behandelt werden sollen. Unter wiederkehrenden Leistungen im eigentlichen Sinne sind zu verstehen: im Verhältnisse zueinander selbständige Leistungen, die zwar auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses vom Schuldner zu entrichten sind, die aber dieses Verhältnis selbst weder zum Erlöschen bringen noch sonst in irgendeiner Weise berühren, z. B. Zinsen, Rentenleistungen, nicht aber Amortisationsquoten. Daher sind §§ 223 Abs. 3 u. 902 Abs. 1 Satz 2 nicht anwendbar auf Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken (349 ff.).

2. Gottschalk, LeipzZ. **10** 667 ff. Der vierjährigen Verjährung des § 197 BGB. unterliegen auch Dividenden (aM. Staub zu § 213 HGB., Staub-Hachenburg zu § 29 GmbHG., Lehmann-Ring zu § 213 HGB.).

3. Rückständige Alimente (JDR. **4** Ziff. 2, **6** Ziff. 1). **RG.** 23. 12. 09, JW. **10** 143 ff., DJZ. **10** 425. Der Beginn der kurzen Verjährung rückständiger Unterhaltsbeiträge setzt deren rechtsgeschäftliche oder richterliche Feststellung nicht voraus. AM. Dernburg, BGB. § 177, Rehbein, BGB. §§ 194—225 Anm. 6 b, Josef, GruchotsBeitr. **42** 4 ff., **50** 215 ff.

4. SeuffA. **65** 161 f. (Kassel). Der Zinsanspruch gegen den Wechselakzeptanten unterliegt nicht der vierjährigen Verjährungsfrist des § 197 BGB., sondern der dreijährigen des Art. 77 WO. Vgl. JDR. **8** Ziff. 2.

§ 198. 1. *Süß, Abtretung künftiger Ansprüche (vgl. unten Ziff. 2 a zu § 398 BGB.). Begriff des künftigen Anspruchs: Künftige Ansprüche sind solche, deren Entstehungstatbestand überhaupt noch nicht oder noch nicht vollständig vorliegt. Nach der Anzahl der noch fehlenden, für die Entstehung erforderlichen Tatbestandselemente kann man unterscheiden: 1. künftige Ansprüche aus bestehendem Grundverhältnisse, bei denen das grundlegende Rechtsverhältnis bereits vollständig vorliegt und nur für die Entstehung des daraus abgeleiteten Anspruchs noch ein Tatbestandselement fehlt; 2. künftige Ansprüche aus „werdenden" Rechtsverhältnissen, bei denen auch die Tatbestandselemente für das Grundverhältnis noch nicht vollzählig gegeben sind („Anwartschaftsrechte"); 3. künftige Ansprüche aus nicht bestehenden Rechtsverhältnissen, zu denen noch nicht einmal der Grund gelegt ist. (Bedingte und befristete Ansprüche gehören, soweit es sich nicht um gegenwärtige Ansprüche auf künftige Leistung handelt, teils zu Gruppe 1, teils zu Gruppe 2.)

2. OLG. **20** 78 (KG.). Ein „bei Inbetriebsetzung der Fabrik" fälliger Anspruch entsteht mit Ablauf der für den Bau angemessenen Zeit.

§ 201. Schloß, SächsRpflA. **10** 455. Wird die Verjährung unterbrochen, so beginnt die neue Verjährung mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Unterbrechung erfolgte. Die Regel des § 201 ist auch auf § 217 anwendbar. Ebenso Cosack, aM. Staudinger und Enneccerus.

§ 202. 1. Stölzel, R. **10** 524. Im Schweigen über die Zahlungszeit des Kaufpreises liegt keine Stundung, und die Berechtigung des Käufers, bis zur Lieferung der Kaufsache die Zahlung zu verweigern, begründet zwar die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, führt aber nach § 202 Abs. 2 BGB. nicht zur Hemmung der Verjährung (gegen Francke, AbürgR. **32** 369 ff.).

2. a) *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 158 ff. Der Bestand des Einrederechts hat weder auf den Inhalt noch auf die Geltendmachung des Anspruchs Einfluß. Die Geltendmachung des Einrederechts hat nur auf die Geltendmachung, nicht auf den Inhalt des Anspruchs Einfluß. Neben die übliche Scheidung

von dauernden und aufschiebenden Einreden tritt die Scheidung der die Geltendmachung beschränkenden und der sie ausschließenden Einreden. Vorübergehend beschränkend wirken die Einreden aus BGB. §§ 273 Abs. 1, 300 Abs. 1, 2014, 2015. Dauernd beschränkend wirkt die Einrede der beschränkten Erbenhaftung. **b)** *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 47. Die Einrede ist ein Recht zur Unterlassung. Sie wird durch Willenserklärung ausgeübt.

3. **RG.** 2. 2. 10, JW. **10** 280. Einigt sich ein Gläubiger mit seinem Schuldner über ratenweise Abzahlung der Schuld, so liegt es unter Umständen nahe, die Vereinbarung, auch wenn dies nicht ausdrücklich betont wird, nach Treu und Glauben so auszulegen, daß die darin enthaltene Stundung über die einzelnen Termine heraus durch pünktliche Zahlung der Raten bedingt ist. Mit dem Augenblick aber, wo durch Versäumung eines Termins die Bedingung der Weiterstundung ausfiel, würde die Stundung, die § 202 im Auge hat, nämlich die vereinbarte Stundung, ihren Abschluß gefunden haben. Dadurch, daß der Gläubiger zunächst eine abwartende Stellung einnimmt und nicht sofort Klage erhebt, wird weder an der Fälligkeit der Schuld noch am Laufe der Verjährung etwas geändert. Durch bloßes einseitiges Zuwarten wird die Verjährung nicht gehemmt.

4. **RG.** 29. 4. 10, **73** 394 ff., R. **10** Nr. 2161. Die Vereinbarung der Prozeßparteien, daß der Prozeß ruhen solle, hat als solche nur prozeßrechtliche Bedeutung und berührt nicht den materiellen Inhalt des Klaganspruchs, insbesondere nicht nach der Richtung, daß der Kläger dem Beklagten ein Recht zur zeitweiligen Verweigerung der Leistung einräumt. Hierzu ist vielmehr noch ein besonderer auf eine Stundung gerichteter Parteiwille erforderlich. Vgl. auch unten zu § 211.

§ 203. 1. **RG.** 20. 11. 09, **72** 185 ff., R. **10** Nr. 23. Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, daß der Wechselkläger infolge Beschlagnahme des Wechsels zeitweise behindert ist, den erhobenen Wechselprozeß durchzuführen. Von einer höheren Gewalt ist hier keine Rede, weil der Kläger sowohl durch Übergang zum ordentlichen Verfahren wie auch durch Erwirkung einer Aussetzung des Verfahrens in der Lage ist, die Wirkungen der durch Klagerhebung eingetretenen Unterbrechung der Verjährung aufrechtzuerhalten. Im Ergebnisse — wenn auch mit anderer Begründung — ebenso schon OLG. Königsberg, JDR. **8**.

2. Höhere Gewalt (s. JDR. **4** u. **7**). **RG.** 29. 9. 10, JW. **10** 1000, R. **10** Nr. 3894. Zur Anwendung des § 203 Abs. 2 ist mehr erforderlich als ein gewöhnlicher Zufall. Es muß sich — ähnlich wie in dem Falle des § 233 ZPO. — um ein von außen her einwirkendes Ereignis handeln, das unter den gegebenen Umständen durch die äußerste, diesen Umständen angemessene Sorgfalt und Umsicht nicht verhütet werden konnte (vgl. **RG. 44** 27, **48** 409). — Eine Verhinderung durch höhere Gewalt liegt nicht vor, wenn die Zustellung der Klage infolge ungenügender Bezeichnung des Wohnorts des Beklagten durch den Prozeßbevollmächtigten des Klägers eine Verspätung erleidet.

§ 204. Zander, R. **10** 772. Ist die Ehe anfechtbar und auf Grund der Anfechtung für nichtig erklärt worden, so kann im Falle der Anfechtung wegen Drohung der anfechtungsberechtigte, bei Anfechtung wegen Irrtums der zur Anfechtung nicht berechtigte, gutgläubige Ehegatte sich auf die Vorschrift des § 204 Abs. 1 berufen.

§ 208. 1. Unterbrechung durch Anerkenntnis (JDR. **3** u. **4**, **5** Ziff. II 1 u. **7**). **RG.** 17. 2. 10, **73** 131 ff., JW. **10** 280. Zur Unterbrechung der Verjährung ist kein Anerkenntnis*vertrag* erforderlich; es ist nicht einmal der Wille des Schuldners erforderlich, sich dem Gläubiger gegenüber zu binden. Vielmehr genügt zur Annahme eines die Verjährung unterbrechenden Anerkenntnisses ein Verhalten dem Gläubiger gegenüber, aus dem sich das Bewußtsein des Schuldners von der Existenz der Schuld klar und unzweideutig ergibt.

2. Vgl. *Klein, Kurze Erörterungen aus der Lehre von den „Mitteilungen", SeuffBl. **10** 462.

§ 209. 1. *Reichel, DJZ. **10** 647. Die Verjährung des deliktischen Schadensersatzanspruchs wird auch durch Stellung eines zulässigen Bußantrags im Strafprozeß unterbrochen.

2. Tannenwald, DJZ. **10** 1022 f., führt im Anschluß an **RG.** JW. **04** 382, JDR. **3** Ziff. 3a aus: Wenn eine Streitverkündung die Wirkung der Unterbrechung einer laufenden Verjährungsfrist haben soll, so muß sie erfolgt sein in dem Prozesse, von dessen Ausgange der geltend gemachte Anspruch abhängt, und der Streitverkünder muß glauben, für den Fall des ihm ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Streitverkündeten erheben zu können oder den Anspruch eines Dritten besorgen; nicht ist erforderlich, daß die Entscheidung des Vorprozesses für den in der Streitverkündung bezeichneten Anspruch präjudizierlich ist. Vgl. auch OLG. Hamburg, JDR. **6** Ziff. 3.

3. **RG.** 30. 9. 10, R. **10** Nr. 3709. Durch die Geltendmachung der Aufrechnung eines Anspruchs im Prozesse wird die Verjährung nur hinsichtlich des zur Aufrechnung verwendeten Teiles des Anspruchs unterbrochen.

§ 211. Abs. 2. a) **RG.** 29. 4. 10, **73** 394 ff., R. **10** Nr. 2160. Haben Parteien das Ruhen des Prozesses bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses vereinbart, so folgt aus dieser für beide Teile sich ergebenden Bindung nicht, daß der Kläger gehindert wäre, durch rechtzeitige neue Ladung die Verjährung zu unterbrechen. b) **RG.** 20. 11. 09, **72** 185 ff., JW. **10** 9. Die durch Klagerhebung unterbrochene Verjährung beginnt nicht stets bei einer durch Gerichtsbeschluß angeordneten Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens von neuem zu laufen. Auch wenn die Aussetzung auf Antrag des Klägers angeordnet wird, ist stets das Ermessen des Gerichts maßgebend. Erst wenn der Grund der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens weggefallen ist und der Kläger den Prozeß auch dann noch liegen läßt, nimmt die neue Verjährung ihren Anfang, weil jetzt der Stillstand auf der Untätigkeit des Klägers beruht. Vgl. OLG. Hamburg, JDR. **6**. c) OLG. **20** 76 (Kiel). Die weitere Betreibung eines durch Teilurteil erledigten Anspruchs in der Berufungsinstanz hindert nicht die Verjährung des in erster Instanz verbliebenen Teilanspruchs, wenn über diesen Teil das Verfahren ruht. Dabei ist nicht von Belang, ob die Klageforderung eine einheitliche, aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse herrührende ist. Das Teilurteil spaltet mit dem Streitgegenstande den Prozeß in zwei voneinander unabhängige Teile. Infolgedessen berühren Prozeßhandlungen in der Berufungsinstanz, die sich auf den in der unteren Instanz abgeurteilten Teil beziehen, nicht den in der unteren Instanz anhängig gebliebenen Teil.

§ 222. 1. Genügt formloses vertragsmäßiges Anerkenntnis? (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. II 1, **6** Ziff. 3, **7** Ziff. 2 u. 8). **RG.** 2. 2. 10, JW. **10** 280. Das „vertragsmäßige Anerkenntnis" des § 222 Abs. 2 bedarf der Regel nach der im § 781 bestimmten Schriftform. Vgl. auch OLG. **20** 78 (KG.).

2. OLG. **20** 78 (Breslau). Das Anerkenntnis setzt völlige Willensübereinstimmung auch über die Höhe der Forderung voraus.

§ 223. *Sachs, IheringsJ. **58** 323 ff. Abs. 3 ist nicht anwendbar auf Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 197.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Kleinrath, Besitzschutz und Selbsthilfe, GruchotsBeitr. **54** 481—493.

§ 226. 1. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 18 ff. Rechtsausübung sind die Handlungen des Berechtigten, zu denen er durch Zuteilung des Rechtes von der Rechtsordnung ermächtigt ist. Es ist zu scheiden das Recht selbst und

die Rechtsausübung. — 26/45: Grundsätzliche Kongruenz des Rechtes und der Rechtsausübung. Kein besonderes Recht zur Ausübung. Beschränkungen der Ausübung, wie die mangelnde Fälligkeit, das Ruhen eines Rechtes (vgl. auch 148/157), die gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Eigentumsbeschränkungen, das Verbot böswilligen Rechtsmißbrauchs, sind Ausnahmeerscheinungen. Begriff der „Ausübungsschranke". — Allgemeine Erfordernisse der Rechtsausübung (45/59): Nur ein Rechtssubjekt kann ein Recht ausüben. Ausübung auch durch Unterlassung. Die Ausübungshandlung muß objektiv den Inhalt des Rechtes verlautbaren. Der Wille des Ausübenden ist gleichgültig. Grundsätzlich kann nur der Berechtigte das Recht ausüben. Im weiteren Sinne kann man aber auch von der Ausübung durch einen Nichtberechtigten, von der Ausübung noch nicht vorhandener Rechte sprechen. — Ist das Verhalten einer Person deshalb rechtmäßig, weil ihr ein bestimmtes Recht zugeteilt ist, so ist das Verhalten Ausübung dieses Rechtes. Ist ein Rechtsgeschäft wirksam, weil dem, der es abschließt, ein bestimmtes Recht zugeteilt ist, so ist die Vornahme des Rechtsgeschäfts Ausübung dieses Rechtes (74/7). Dies gilt insbesondere von den Verfügungen (82/4). Ausübung der Zustandsrechte durch Genußhandlungen, Besitz, aggressive Handlungen (85/96); der Ansprüche durch Mahnung, Klagerhebung und sonstige Handlungen, insbesondere Prozeßhandlungen (96/130); der Gestaltungsrechte durch Gestaltungserklärung, Klagerhebung (134/41).

2. Fischer, Rechtswidrigkeit 142. Die Vorschrift des § 226 ist in dem Sinne subsidiär, als sie nur dann eingreift, soweit nicht bereits inhaltlich die einzelnen subjektiven Rechte gegen Mißbrauch eingeschränkt sind, sie beschränkt nur die Ausübung der dann noch verbleibenden Rechte (aM. Hölder § 226 Anm. 1, Kipp bei Windscheid § 121 Note 1). Soweit die Ausübung des Rechts gegen § 226 verstößt, ist sie unzulässig, d. h. sie ist rechtswidrig und die Rechtswidrigkeit findet ihre Wurzel in der Unsittlichkeit.

3. **RG.** 3. 12. 09, 72 251 ff., JW. **10** 62, BadRpr. **10** 98. Die Bestimmung des § 226 begründet zwar kein selbständiges Recht des Dritten, gegen den sich die Absicht der Schädigung richtet. Gleichwohl gewährt sie ihm unter der dort angegebenen Voraussetzung das Recht, der Schikane mit allen gesetzlichen Mitteln, also nicht bloß im Wege der Einrede, sondern auch mittels Klage auf Unterlassung der schikanösen Rechtsausübung entgegenzutreten. Die Anwendbarkeit des § 226 beschränkt sich weiter nicht auf Vermögensschaden, sondern umfaßt auch die Verletzung idealer Werte und Interessen. Deshalb kann auch ein Kind, das durch ein auf bloßer Schikane beruhendes Verbot des Vaters gehindert wird, die auf umfriedetem Eigentume des Vaters befindliche Grabstätte der Mutter zu besuchen, im Wege der Klage verlangen, daß das Verbot auf ein den Umständen entsprechendes Maß beschränkt werde.

§ 227. **RG.** 25. 4. 10, R. **10** Nr. 2162. Sind Streitende durch Dritte auseinandergebracht worden, alsbald darauf aber wieder aneinandergeraten, so ist eine Notwehr für den einen Teil nicht schon dann anzunehmen, wenn nach dem Auseinanderbringen durch die Dritten zuerst der andere Teil wieder tätlich geworden ist, es ist vielmehr der ganze Vorgang ins Auge zu fassen.

§§ 227, 228. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts 242. Die Vorschriften des BGB. über Notwehr und Sachwehr in den §§ 227, 228 enthalten in einer Beziehung eine erschöpfende Regelung. Für alle Fälle möglichen Angriffs auf einen bestehenden Friedenszustand ist Fürsorge getroffen. Notwehr und Sachwehr geben dem Angegriffenen ein subjektives Recht zur Abwehr. Das Zivilrecht betrachtet den Notstand nur nach den Objekten, gegen welche sich die verletzende Handlung richtet, das Strafrecht lediglich nach den Gütern, zu deren Schutz die verletzende Handlung vorgenommen wird. Aber auch nach dieser Beschränkung bescheiden sich beide Materien weiter, um einen Ausschnitt der ihnen unterfallenden Tatbestände zu regeln. Auch die Rechtsfolgen sind unterschiedlich

normiert, nur ist in allen Fällen der gesetzlichen Notstandsregulierung ein Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu konstatieren. Allein nach Strafrecht ist die Nothandlung unverboten, nach Zivilrecht ist sie durch einen „Anspruch" im technischen Sinne geschützt; es besteht ein subjektives Privatrecht auf Vornahme der Handlung.

§ 229. 1. Fischer, Rechtswidrigkeit 258, bemängelt, daß die Bearbeitungen des bürgerlichen Rechtes bei der Selbsthilfe den für die ganze Beurteilung der Tat so wichtigen Zweck des Täters entweder ignorieren oder ihn direkt für unbeachtlich erklären (z. B. Titze, Notstandsrecht 124, Heyer, AbürgR. **19** 79, Matthiaß [5] 161). Wenn man sage, die Ausübung der Selbsthilfe solle nur in dem § 226 BGB. ihre Schranke finden, so entspreche dies weder der Rechtskontinuität noch dem Charakter der Selbsthilfe als Notinstitut und stehe im Widerspruche mit dem Wortlaute des Gesetzes. Nicht die objektive Gefährdung des dem Täter zustehenden Anspruchs, nicht die nachträgliche sog. Legalisierung der Tat allein, sondern nur zusammen mit der Verfolgung des Selbsthilfezwecks machen die an sich rechtswidrige Handlung zu einer vom Rechte wohl gelittenen. Verfolge der Täter andere Zwecke, so habe das Gesetz keinen Grund, ihn besser zu behandeln als andere Angreifer, denen ein Anspruch gegen den Verletzten nicht zusteht.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 99/101. Die Selbsthilfehandlungen sind Ausübung des Anspruchs.

§ 230. *Kleinrath, GruchotsBeitr. **54** 481 ff. Die nachträgliche Prüfung des Gerichts erstreckt sich weder im Arrestverfahren noch im Besitzprozeß auf die Frage, ob obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig zu erlangen gewesen wäre. Auf Fälle, in denen die Wegnahme von Sachen nicht zur Sicherung einer Geldforderung erfolgt ist, sondern zur Sicherung oder Befriedigung wegen eines Individualanspruchs, ist § 230 entsprechend anzuwenden (einstweilige Verfügung notwendig), jedoch nur, wenn nicht ein Recht zum Besitze gegeben ist, sei es, daß ein dingliches Recht zum Besitze durch die Besitzergreifung zur Verwirklichung gelangt, sei es, daß obligatorische Rechte zum Besitze sich dadurch mit dem tatsächlichen Besitz vereinigen, oder sei es endlich, daß ein Recht zum Besitze nachträglich infolge des Besitzes und anderer Umstände entsteht (z. B. Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB.; s. auch unten zu §§ 273, 858, 863, 986).

Anhang zum sechsten Abschnitt. Unterlassungsklage.

Literatur: v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (in der Festgabe für Güterbog). Berlin 1910, 383—400. (Vgl. den Anhang in JDR. **5** und **6**.)

1. *v. Lippmann, Zur Frage der Unterlassungsklage, SeuffBl. **10** 125 ff., weist zunächst darauf hin, daß auf dem Gebiete der Unterlassungsklage in der Kritik der Rechtsprechung des RG. hinsichtlich der Bemessung der Tragweite einzelner Entscheidungen vielfach der enge Zusammenhang nicht beachtet wird, in dem die Gründe mit dem zu entscheidenden Falle stehen. Von der Erwägung ausgehend, daß die Untersuchungen über die Unterlassungsklage, ihre Zulässigkeit und ihre Voraussetzungen von der Grundlage positiver Sonderbestimmungen ausgehen, sich in das Gebiet der Abstraktionen erheben und mitunter nicht mehr auf den Boden des BGB. zurückkehren, untersucht von L. im Hinblick auf die von Eltzbacher „Die Unterlassungsklage" (vgl. den Anhang JDR. **5**) in freiester Anwendung des Grundsatzes der Analogie durchgeführte Konstruktion einer allgemeinen Unterlassungsklage die Frage der Zulässigkeit einer Unterlassungsklage gegenüber den §§ 1054, 1418, 1468, 1542, 1549, 1495, 1557, 1666, 1667, 1686, 1886, 1895, 1897, 1915 BGB. und gelangt zu den Aufstellungen Eltzbachers entgegengesetzten Ergebnissen (vgl. auch unten zu § 1054).

2. v. Blume 400 wendet sich gegen die in Theorie und Praxis (vgl. z. B. Eltzbacher, Unterlassungsklage, JDR. **5** Ziff. I) herrschende Ansicht, daß die

Gewährung des Unterlassungsanspruchs eine selbstverständliche Folge des Verbotsgesetzes sei. Diese Auffassung müsse auch in der Beschränkung auf den Unterlassungsanspruch gegenüber der unerlaubten Handlung verworfen werden (vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht, JDR. 5 Ziff. II). Denn mit der Zuweisung eines solchen Rechtes an den einzelnen würden die Grenzen des bürgerlichen Rechtes weit überschritten. Man dürfe nicht die gesamte Rechtsordnung auflösen in ein System von subjektiven Rechten und müsse sich darüber klar bleiben, daß das Recht Pflichten kennt, denen ein Anspruch nicht gegenübersteht (400). Er führt 397 aus: Betrachtet man die einzelnen, diesem Zwecke dienenden Bestimmungen, die Eltzbacher zusammengestellt hat, im Zusammenhange, so wird man allerdings zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß in ihnen ein allgemeiner Rechtssatz eine besondere Ausprägung erhalten hat. Und dieser würde etwa zu lauten haben: „Wer ein Recht hat, von einem anderen eine Unterlassung zu verlangen, kann auf Unterlassung klagen, wenn ein Zuwiderhandeln erfolgt ist und weitere Zuwiderhandlungen zu besorgen sind." Dieser Satz wird noch einleuchtender, wenn man eine zweite Art des vorbeugenden Rechtsschutzes ins Auge faßt: die Gewährung des Rechtes zur Auflösung eines Schuldverhältnisses wegen drohender Vertragsverletzung. Die Unterlassungsklage beugt der rechtswidrigen Schädigung vor, indem sie ein Urteil herbeiführt, das für den Fall rechtswidrigen Verhaltens eine Strafe androht. Ein Rechtsschutz, der im Wege der Rechtshilfe durch die Gerichte gewährt wird. In bestimmten Fällen aber ist der in seinem Rechte Bedrohte nicht auf die Hilfe der Gerichte angewiesen; er darf die ihm drohende Gefahr durch Selbsthilfe abwehren. Zu dem Rechte der Notwehr (§§ 227 und 859) und dem Zwangsrechte des Gläubigers (§§ 229, 561) tritt als dritte Art des Rechtes zur Selbsthilfe gegenüber drohender Rechtsverletzung das Recht zur Auflösung eines Schuldverhältnisses (398). Vgl. auch v. Blume, unten zu § 550.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Vorbemerkung: In dem „Kampfe um das freie Recht" (vgl. zu §§ 241 ff. Nr. 1 a—g) scheint uns eine Klärung dahin erfolgt zu sein, daß die von den „Soziologen", insbesondere von Fuchs, erhobenen Vorwürfe von der Gegenseite zum größten Teile als berechtigt anerkannt werden, wenn dies auch nicht von allen gleich offen zugegeben wird; — von den Gegenschriften ist am wertvollsten die klärende Abhandlung von Oertmann (vgl. §§ 241 ff. Nr. 1 d). Vieles von dem, was als neue Wahrheit verkündet wird, ist zwar nicht neu — trotzdem bleibt es ein großes Verdienst der „Soziologen", daß sie das Gewissen weiter Kreise geschärft haben. Im übrigen hängt die Entscheidung der Kontroverse davon ab, ob es mehr als ein Wortstreit ist, daß für die Auslegung sich die einen auf den „Geist" des Gesetzes, die anderen auf den Standpunkt der allgemeinen Wohlfahrt berufen. — Die altgermanische Unterscheidung von Schuld und Haftung wird immer weiter bearbeitet und auch von Nichthistorikern für das moderne Recht verwertet (zu §§ 241 ff. Nr. 2 a—c). — Den Anspruch auf Unterlassung bei den auf ein Tun gerichteten Schuldverbindlichkeiten verneint mit Recht das Plenum des RG. (§ 241 Nr. 2). — Eine einschränkende Tendenz macht sich auch gegenüber der Unterlassungsklage geltend (§ 241 Nr. 3). — In der Rubrik zu §§ 249 ff. wird über die Versuche berichtet, das Verschuldensprinzip durch das Gefährdungsprinzip zu ersetzen. — Wichtig ist die Judikatur des RG. über den Schaden des ausgefallenen Hypothekars und Erstehers im Falle der Beseitigung wertvoller Grundstücksbestandteile (§ 249 Nr. 1 a und b) und über den Schadensersatz bei arglistiger Täuschung über den Selbstkostenpreis der Kaufsache (§ 249 Nr. 3 e). — Zum Begriffe der

Schuld sind dieses Mal auch Abhandlungen von Kriminalisten berücksichtigt, soweit sie auch für das Zivilrecht Interesse haben; es sei insbesondere auf den Versuch von Kohlrausch (§ 276 Nr. 1 b) hingewiesen, die Fahrlässigkeit als Schuldform zu beseitigen; damit sind dann freilich die Schwierigkeiten der Willenstheorie radikal beseitigt. — Der Haftung für culpa in contrahendo, welche von der Theorie mehr und mehr anerkannt wird (vgl. hier insbesondere Leonhard), steht die Praxis noch sehr ablehnend gegenüber (vgl. § 276 Nr. 4 b). — Brodmann (§ 278 Nr. 1 a) ist bemüht, scharfe Grenzen für die Anwendung von § 278 zu finden. Die Praxis ist noch immer schwankend und geht vielfach sehr weit (z. B. § 278 Nr. 1 b und c).

Literatur zur „Freirechtslehre": Fuchs, Soziologie und Pandektologie in der neuesten Judikatur des RG., HoldheimsMSchr. **10** 229. — Derselbe, Die soziologische Rechtslehre, DJZ. **10** 283. — Gareis, Freies Recht, Gesetzeszwang und Richteramt, SeuffBl. **10** 7. — Oertmann, Soziologische Rechtsfindung, HoldheimsMSchr. **11** 1. — Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung, JheringsJ. **58** 146 f. — Rumpf, Volk und Recht. Oldenburg 1910. — Sohm, Begriffsjurisprudenz, DJZ. **10** 114. — Ferner: von Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. Aus Festgabe für K. Güterbock 381 ff. Berlin 1910. — Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Rechte. Breslau 1910. 100. Heft der Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Gierke (nur historisch). — von Lippmann, Zur Frage der Unterlassungsklage gegenüber den Bestimmungen der §§ 1054, — 1418, 1468, 1542, 1549, — 1495, 1557, — 1666, 1667, 1686, — 1886, 1895, 1897, 1915 — BGB., SeuffBl. **10** 125 ff.

Zu §§ 241 ff. 1. Auslegung (s. JDR. **8** Nr. 1, **7** Nr. 1, **6** zu §§ 241 ff., **5** Nr. 1, **4** Nr. 8, **3** Nr. 1, **2** Nr. 2). **a)** Fuchs, HoldheimsMSchr. **10** 229, bespricht eine Reihe von RGEntscheidungen und stellt hierbei eine „erfreuliche Einwirkung der soziologischen Bewegung" fest. **b)** Fuchs, Die soziologische Rechtslehre, stellt noch einmal die Gegensätze gegenüber: Der Kampf gegen die Begriffsjurisprudenz richtet sich nicht gegen die Begriffe als solche, sondern gegen die Begriffsvorherrschaft, gegen die Findung von Wahrheiten aus Begriffen. Die soziologische Rechtsfindung ringt in erster Linie offen um das praktisch verständigste, gerechteste und billigste Ergebnis. Die Begriffsjurisprudenz ringt in erster Linie um die richtigste Konstruktion und nur insgeheim — kryptosoziologisch — und höchstens an letzter Stelle um das Ergebnis. **c)** Rumpf zeigt, mit welchen Schwierigkeiten die Kunst der Rechtsanwendung und die Kunst der Gesetzgebung zu kämpfen haben. Das Recht selbst wird — nach Kohler — als Kulturerscheinung erfaßt, Wille und Gefühl müssen in der Anwendung die Leitung haben. Die Jurisprudenz ist keine Wissenschaft, da sie keine allgemeingültigen Sätze aufstellen kann, sondern, wie die Ethik, eine Ordnung. **d)** Oertmann weist von neuem — und wohl abschließend — die soziologische Rechtslehre im Sinne von Fuchs zurück. Gegenüber der Gesetzgebung sind die Angriffe insofern unbegründet, als auch nach den herrschenden Anschauungen die juristischen Methoden und Begriffe für den Gesetzgeber nicht Selbstzweck sind: Der Inhalt dessen, was er mit ihrer Hilfe schafft, muß immerdar auf einer gerechten Würdigung der beteiligten — keineswegs nur ökonomischen — Interessen beruhen. Auch hinsichtlich der Rechtsanwendung erkennt Oertmann an, daß die Findung des Rechtes auf einer Abwägung der beteiligten Interessen beruhen muß. Aber die Sicherheit der Rechtsanwendung erfordert, daß dabei die Gesetzestreue unter keinen Umständen leiden darf. Soweit es sich jedoch um die tatsächliche Würdigung und die Auslegung der dem Wortlaute nach zweifelhaften Rechtssätze handelt, bleibt der Rechtsfindung durch Soziologie und Interessenabwägung ein weites Feld überlassen. Der grundsätzliche Unterschied zwischen dieser Rechtsfindung und dem Fuchsschen Modernismus besteht nach Oertmann in folgendem: Der gesetzestreue Jurist entnimmt sein rechtspolitisches Beurteilungsmaterial den im Gesetze für rechtspolitisch gleichliegende Fälle gegebenen Vorschriften, der Modernist verweist dafür

auf die vom Richter selbst gefundenen soziologischen Gesichtspunkte. Der Jurist handelt dabei weder geheim noch unwahrhaftig („kryptosoziologisch)". „Er verwendet das Gesetz wie der Künstler ein edles Instrument, um kraft seines Könnens reine Töne daraus hervorzuzaubern. Ohne das Instrument ist er machtlos. Aber zur Benutzung, Beherrschung hat man es ihm verliehen, nicht als Idol, von dem er selbst sich sklavisch beherrschen lassen sollte." e) Sohm wendet sich gegen Heck (JDR. 8 Nr. 1 g) und stellt fest, daß, soweit Heck die sachliche Ableitung der Rechtssätze aus Begriffen als „technische Begriffsjurisprudenz" bekämpft, kein Gegensatz besteht. Denn auch für Sohm sind die Rechtssätze Erzeugnisse geschichtlicher Tatsachen, praktischer Bedürfnisse. Die begriffsentwickelnde Art ist nur die Form der Darstellung. Will aber Heck weiter an Stelle der juristischen, an erster Stelle formalen Begriffe praktische, z. B. volkswirtschaftliche Begriffe setzen, so übersieht Heck, daß durch diese Vorherrschaft der formalen Begriffsbildung sich gerade die Rechtswissenschaft von der Nationalökonomie unterscheidet. Dieser Unterschied muß bleiben. Die „Interessenseite", die bloß praktische (volkswirtschaftliche) Betrachtung gibt uns Aufschluß nur über ein zu erreichendes Ziel. Der Rechtsordnung ist wesentlich, daß sie einem bestimmten Ziele in bestimmter Form gerecht wird. **f)** Regelsberger. Wie Regelsberger bereits in BayRpflZ. **08** 255 dargelegt hat, sind sog. starre Gesetzesnormen und ausbaufähige Gesetzesnormen zu unterscheiden. Jene verschließen sich der rechtsschöpferischen Tätigkeit der Jurisprudenz, über sie darf sich der Richter nicht hinwegsetzen, z. B. §§ 246, 253, 656, 762—764. In den ausbaufähigen Normen dagegen ist der Ansatz eines allgemeineren Rechtsgedankens enthalten oder nur eine Station in dessen Entwickelung. Der Gesetzgeber war sich vielleicht dessen nicht bewußt oder scheute vor der vollkommenen Anerkennung zurück. Hier ist das Feld, wo die Jurisprudenz schöpferisch einzugreifen ebenso berechtigt wie verpflichtet ist, sofern sie damit einem praktischen Bedürfnis entgegenkommt. Von Beispielen aus dem Rechte der Schuldverhältnisse seien genannt: § 251 und 633 (die Ermäßigung der Herstellungspflicht ist keine Sonderbestimmung für diese beiden Fälle, sondern gilt überall, wo die Herstellung erzwungen werden kann), §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 (die heilende Kraft der Erfüllung gilt für alle Formgebote, die ihren Grund in dem Zwecke haben, Schutz vor einem unüberlegten Willensentschluß zu gewähren); die Partei haftet gesetzlich auch für culpa in contrahendo, aber nicht in dem Sinne Iherings für den Fall, daß sich der Abschluß des Vertrags zerschlagen hat, sondern für den Fall, daß der Vertrag zur Entstehung gelangt ist. g) Gareis erhebt energischen Widerspruch gegen die Freirechtslehre, soweit sie die Anerkennung des freien Rechtes neben dem staatlichen Rechte oder sogar gegen dieses verlangt. Er weist jedoch auf die wohlbegründete und festgegründete Herrschaft des „freien Rechtes" hin, wie sie die Anwendung von Begriffen wie „richterliches Ermessen", „Verkehrssitte", „Angemessenheit" u. a. bedeutet; dieses „eingebaute freie Recht" steht aber unter der Herrschaft des Gesetzes und der Wissenschaft. Auf diesem Gebiete seien in der Tat weitere Forschritte erforderlich: eine möglichst großzügige, von Kasuistik freie Gesetzgebung und gute Vorbildung der Juristen.

2. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand. Arten (s. JDR. 8 Nr. 2, 7 Nr. 2, 5 Nr. 2 ff., 4 Nr. 2, 3 Nr. 4). a) Gierke. Schuld und Haftung sind verschiedenartige Rechtsverhältnisse, die im deutschen Rechte ihre begriffliche Sonderheit stets gewahrt haben. Aber Schuld und Haftung waren von je aufeinander angewiesen, und unverkennbar waltete auch im deutschen Rechte eine Entwickelungstendenz, die auf eine immer engere Verbindung zwischen Schuld und Haftung abzielte. Schon im Mittelalter findet ein Zusammenwachsen der Schuld- und Haftungsverhältnisse statt, das die Rezeption des römischen Obligationenrechts vorbereitete. Die Unterscheidung von Schuld und Haftung ist

auch für das heutige deutsche Recht erforderlich und wertvoll (wie Gierke im 3. Band des Deutschen Privatrechts zeigen wird). **b)** Über Schuld und Haftung s. auch unten § 414 Nr. I1 Strohal bei C. — Ferner **c)** unten § 275 Nr. 1a Krückmann (§ 3 S. 25 ff. „Die Haftung in der Schuld").

§ 241. 1. Indirekte Verpflichtungen. a) Oertmann, Kommentar (3. und 4. Auflage, Vorb. Ziff. 3d S. 5) unterscheidet zwischen dem Schuldverhältnis im eigentlichen Sinne, den indirekten Verpflichtungen und den blos rechterhaltenden Akten. — Hiergegen **b)** *Klein, „Die Rechtshandlungen im engeren Sinne" im Entwurfe eines Ungarischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Erste Fassung), ÖstZBl. **28** 998 Anm. 104, das den Begriff der „indirekten Verpflichtung" ablehnt.

2. Anspruch auf Unterlassung. **a) RG.** (VerZivils.) **72** 393, SeuffA. **65** 331, BankA. **9** 314, GewuKfmG. **15** 209. Jede Verpflichtung zu einem positiven Tun trägt zwar die selbstverständliche Verbindlichkeit in sich, alles mit diesem positiven Tun Unvereinbare zu unterlassen. Aber diese negative Seite der Verpflichtung zum positiven Tun ist nicht der Inhalt der Leistung im Sinne des § 241. Man hat bestritten, daß sie überhaupt eine rechtlich faßbare Verbindlichkeit sei. Von anderer Seite sind solche Unterlassungspflichten als unselbständige oder sekundäre Vertragspflichten aufgefaßt worden. Jedenfalls kennt unser Recht bei den auf ein Tun gerichteten Schuldverbindlichkeiten keinen klagbaren und nach § 890 ZPO. vollstreckbaren Anspruch auf ein Unterlassen des mit der Verpflichtung zum Tun Unvereinbaren. — Wegen der Unterlassung von Dienstleistungen s. u. § 611 Ziff. III 1. **b)** SächsRpflA. **10** 372 (Dresden). Die Klage auf Unterlassung einer beleidigenden Äußerung setzt voraus, daß die Gefahr der Wiederholung der Beleidigung genügend beanzeigt ist. Dies wurde verneint in einem Falle, wo der Beklagte in Beziehung auf einen seinen Prozeßgegnern auferlegten Eid sich beim Verlassen des Gerichtsgebäudes zu der Äußerung hat hinreißen lassen: „Die Kläger haben falsch geschworen". Es handelt sich dabei um einen Gefühlsausbruch des Beklagten, und es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß er nach eingetretener Beruhigung seine Anschuldigung wiederholen werde.

3. Unterlassungsklage. **a)** von Lippmann. Die Annahme einer allgemeinen Unterlassungsklage, wie sie namentlich von Eltzbacher gelehrt wird, ist nicht zulässig. Der Satz (**RG. 25** 348, **48** 210) „wenn das Gesetz ein Recht gewähre oder eine Verpflichtung auferlege, müsse es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung gegen den Verpflichteten im Wege der Klage erfolgen zu lassen" erschöpft nicht die Rechtsanschauungen, die den Entscheidungen des RG. auf dem Gebiete der Unterlassungsklage zugrunde liegen. Die Entscheidungen selbst rechtfertigen nicht durchaus die Konsequenzen, die aus dem angeführten Satze gezogen wurden. Dies wird zu den im Titel der Abhandlung zitierten Gesetzesstellen ausgeführt. **b)** von Blume. I. Eine allgemeine Unterlassungsklage ist nach dem BGB. nicht gegeben. 1. Unrichtig ist die von Eltzbacher entwickelte Lehre, daß jedes Verbot für den, zu dessen Gunsten das Verbot besteht, einen privatrechtlichen Anspruch auf Unterlassung begründe. Wäre dies richtig, so würde sich z. B. aus § 826 für jedermann das absolute Recht ergeben, nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise durch einen anderen in seinem Vermögen geschädigt zu werden, und eine Verletzung dieses Rechtes würde dann gemäß § 823 Abs. 1 schon bei Fahrlässigkeit schadensersatzpflichtig machen. Dies kann nicht sein. — Eltzbachers Argumentation nimmt ferner zu Unrecht an, daß jeder Schadensersatzanspruch aus unrechtmäßigem Verhalten einen Anspruch auf rechtmäßiges Verhalten voraussetzt. Wo ein schuldhaftes Verhalten den Schadensersatz-

anspruch erzeugt, muß zwar allemal eine Pflicht verletzt worden sein; aber der Pflicht steht nicht notwendig ein subjektives Privatrecht gegenüber. 2. Auch aus § 249 ist der Unterlassungsanspruch nicht herzuleiten. Kohler, Oertmann und Lehmann, welche diese Theorie aufgestellt haben, übersehen, daß die Beseitigung des durch die unerlaubte Handlung hergestellten Zustandes der Beunruhigung nicht durch Unterlassung, sondern nur durch positive Maßnahmen erreicht werden kann. II. Nur, wo die Privatrechtsordnung dem einen eine Pflicht zum Unterlassen auferlegt, um dadurch ein Lebensgut der Macht eines anderen zu unterstellen, da ist ein Unterlassungsanspruch begründet. Dieser vorbeugende Rechtsschutz wird einmal durch Rechtshilfe (Klage), sodann aber auch durch Selbsthilfe gewährleistet, nämlich durch die Gewährung des Rechtes zur Auflösung eines Schuldverhältnisses wegen drohender Vertragsverletzung; so gehören in diesen Zusammenhang das Kündigungsrecht gemäß §§ 553, 581, 605 und der Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung gemäß § 326. — von Blume faßt beides in folgender Bestimmung zusammen: „Ist ein auf Unterlassung gerichtetes Forderungsrecht verletzt und setzt der Schuldner ungeachtet einer Abmahnung das vertragswidrige Verhalten fort, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen. Ist das vertragswidrige Verhalten derart, daß es die Rechte des Gläubigers erheblich verletzt, so kann dieser seine Verpflichtungen aus dem Vertrage lösen."

§ 242. Literatur: Silbermann, Die exceptio doli generalis und das BGB., BayRpflZ. **10** 105 ff.

1. Begriff. Anwendungsgebiet. Allgemeines (s. JDR. **8** Nr. 1, **7** Nr. 1, 3, **6** Nr. 1, **5** Nr. 1, **4** Nr. 1, 2, **3** Nr. 1, **2** Nr. 2, **1** Nr. 1, 2). *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 492 Anm. 50. § 242 enthält einen selbständigen Rechtssatz nur für die nicht aus Rechtsgeschäften resultierenden Schuldverbindlichkeiten. Denn für die rechtsgeschäftlichen Schuldverpflichtungen ist der Inhalt des § 242 schon im § 157 enthalten.

2. Die exceptio doli generalis (s. JDR. **8** Nr. 2, **7** Nr. 3 b, c. **6** Nr. 1, **5** Nr. 1, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1, 2 a, **2** Nr. 2, **1** Nr. 1). Allgemeines. a) Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. (Erster Teil. Berlin 1910) 117 ff. Der Maßstab von Treu und Glauben ist eine Schranke gegen die Freierklärung der Persönlichkeit und eben darum ein Erzeugnis des 19. Jahrhunderts. Die Vorschriften der §§ 157, 242 BGB. enthalten den Fortschritt, daß sie an Stelle des Systems von Einzelanwendungen eine Generalregel setzen. Zur Verwirklichung dieser Vorschriften dienen vor allem 3 große Artikel: Absperrung von Rechtsschutz (Schikaneverbot, Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte), Belastung mit Schadensersatzpflicht (§ 826 BGB.), Lahmlegung für die Zukunft (Unterlassungsklage). b) Silbermann. An der Hand der neueren Literatur und der Rechtsprechung, insbesondere der reichsgerichtlichen, legt Silbermann dar, daß an dem von ihm in seinem ersten Aufsatze — s. JDR. **4** Ziff. 3 a α — vertretenen Satze von dem Fortbestande der exceptio doli generalis unter der Herrschaft des BGB. mit Entschiedenheit festzuhalten ist. c) **RG.** JDR. **8** § 242 Nr. 2 a β jetzt auch DJZ. **10** 77. d) Vgl. § 346 Satz 2.

3. Einzelfälle (s. JDR. **8** Nr. 3, **7** Nr. 3 d, **6** Nr. 3, **5** Nr. 2 b, **4** Nr. 3 d, **3** Nr. 3, **2** Nr. 4, **1** Nr. 3). a) Pfandgläubiger und Verpfänder. **RG. 74** 151, BankA. **10** 78, DJZ. **10** 1354. Der Pfandgläubiger ist nach Treu und Glauben verpflichtet, die ihm verpfändeten Wertpapiere zur Verhütung von Kursverlusten auf Antrag des Verpfänders zu versilbern. b) **RG.** Holdheims MSchr. **10** 160. Hat der Käufer die Wahl, bar oder durch Akzept zu zahlen, so ist, wenn er letzteres wählt, die Wahl und besonders die Bestimmung der Anzahl, der Größe und der Fälligkeit der Akzepte nach Treu und Glauben auszuüben. c) Umgehung der Konkurrenzklausel. **RG.** WarnE. **3** 147

Der Beklagte hatte entgegen einer übernommenen Vertragspflicht eine Sprachschule errichtet, dann aber noch vor Erhebung der Klage mit seiner Ehefrau einen Vertrag geschlossen, wonach diese Sprachschule mit Inventar und ausstehenden Forderungen ausschließliches Eigentum seiner Frau sein sollte; denn der Beklagte befürchtete, der Kläger werde wegen der Errichtung der Schule gegen ihn vorgehen und er werde sich gegen den zu erwartenden Angriff nicht mit Erfolg verteidigen können. Er gab selbst an der Schule fortdauernd Unterricht. Hierin liegt ein Verstoß gegen das Konkurrenzverbot. Einmal steht ein auf Umgehung der Konkurrenzklausel gerichtetes Verhalten nach dem Grundsatze von Treu und Glauben einer unmittelbaren Verletzung derselben gleich, sodann wäre eine enge Auslegung des Verbots mit Treu und Glauben nicht vereinbar, die es dem Beklagten ermöglichte, die Früchte der durch die Errichtung der Schule begangenen Verbotsübertretung mit Hilfe des zur Umgehung des Verbots getroffenen Abkommens mit seiner Frau auch in Zukunft zu genießen. Dies liegt vor, da der Beklagte, wenn auch zwischen ihm und seiner Ehefrau Gütertrennung bestand, doch als Ehemann an den Vorteilen der durch die gedeihliche Entwickelung der Schule geschaffenen relativ günstigen wirtschaftlichen Position seiner Frau teilnahm und diese durch seine Tätigkeit an der Schule förderte. **d)** **RG.** R. **10** Nr. 1917. Dadurch, daß ein Prinzipal die gegen seinen Angestellten erhobene Klage auf Feststellung des Fortbestehens des Anstellungsverhältnisses nicht in eine während des Prozesses möglich gewordene Klage auf Vertragserfüllung umändert, begibt er sich nicht des Rechtes, nach rechtskräftiger Feststellung des Fortbestandes des Anstellungsverhältnisses noch Vertragserfüllung zu verlangen. Er ist nicht auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt. Es würde eine ungerechtfertigte Überspannung der Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehre bedeuten, wollte man dem Prinzipale, der gegen den kontraktbrüchigen Handlungsgehilfen die Feststellung des rechtlichen Bestehens seiner Vertragspflichten betreibt, zumuten, sich im voraus zu entscheiden und dem Handlungsgehilfen mitzuteilen, welche rechtlichen Konsequenzen er aus der gerichtlichen Feststellung ziehen, d. h. ob er Erfüllung oder Schadensersatz verlangen werde. **e)** **RG. 73** 343, LeipzZ. **10** 618 Nr. 6. Hat der Inhaber der klagenden Firma, der zugleich Mitglied des Aufsichtsrats der beklagten AktGes. ist, durch den Abschluß eines Vertrags zwischen der Firma und der AktGes. die ihm als Aufsichtsratsmitglied obliegenden Verpflichtungen verletzt und würde der AktGes. aus der Erfüllung des Vertrags Schaden erwachsen, so liegen die Voraussetzungen des § 249 Satz 2 vor. Der Inhaber der klagenden Firma wäre der Beklagten für ihren Schaden haftbar. Daraus ergibt sich, daß er der Beklagten gegenüber einen Anspruch aus dem Vertrage nicht geltend machen kann; er würde dolos handeln, wenn er Erfüllung des Vertrags forderte, während er selbst der Beklagten den ihr durch die Erfüllung entstehenden Schaden ersetzen müßte. **f)** Sorgfaltspflicht im Giroverkehre vgl. u. § 276 Nr. 5h α und β. **g)** Verzicht nach Treu und Glauben. α. PosMSchr. **10** 67 (Posen). Stillschweigender Verzicht auf Rückgabe der in langjähriger Geschäftsverbindung nicht zurückgeforderten Versandstücke. β. Verzicht auf Erfüllung s. § 285 Nr. 2a. **h)** Verpflichtung nach Treu und Glauben, auf einen hohen Schaden aufmerksam zu machen s. u. § 254 Nr. III 6. **i)** Verpflichtung zum Deckungskauf s. u. § 254 Nr. III 5c. **k)** Rechenschafts- und Auskunftspflicht nach Treu und Glauben vgl. u. §§ 259 Nr. 1 b und 260. **l)** Leistungszeit nach Treu und Glauben vgl. u. § 271 Nr. 3. **m)** Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts vgl. u. § 273 Nr. 1 d α und β.

§ 243. 1. Gattungs- oder Spezieskauf (s. auch unten § 279). **a)** Gattungskauf. OLG. **20** 133 (Kiel). Zwar waren die Parteien übereinstimmend der Ansicht, daß der verkaufte und zu liefernde Hafer voraussichtlich der

eigenen Ernte des Beklagten entnommen werden würde. Diese Meinung macht aber das abgeschlossene Geschäft noch nicht zum Spezieskaufe; es hätte die Willenseinigung, daß der Beklagte nur Hafer eigener Herkunft und nicht fremden Hafer gleicher oder besserer Qualität liefern durfte, hinzukommen müssen. Eine Verpflichtung zur Lieferung selbstgezogenen Hafers ist nur anzunehmen, wenn die gesamte Erzeugung Vertragsgegenstand ist, nicht aber schon, wenn jemand eine bestimmte Menge seines an sich vertretbaren Erzeugnisses verkauft. b) Spezieskauf. OLG. **20** 134 (Rostock). Wenn der Kläger die in seinem Stalle stehenden, auf „zirka 92" bezifferten Fettschafe nach Gewicht verkauft hat, so liegt ein Spezieskauf vor, da seinen Gegenstand die Gesamtheit der individuell bestimmten Fettschafe des Klägers bildete.

2. Abs. 2. Vgl. zu § 447 Ziff. 2 Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910).

§ 244. Literatur: Bendixen, Weltgeld, HoldheimsMSchr. **19** 181; derselbe, Vom Geldwerte, BankA. **9** 1, 342; derselbe, Geldwert und Goldwährung, ebenda 117. — Heyn, Nochmals vom Geldwerte, BankA. **9** 339.

1. Der Begriff des Geldes. Den Gegensatz der Meinungen präzisiert Bendixen, BankA. **9** 342, selbst dahin, daß Heyn im Gelde das wertvolle Tauschgut sehe, während es ihm selbst nur Wertzeichen sei.

2. Weltgeld. Bendixen, HoldheimsMSchr. **10** 181, wendet sich gegen den Vorschlag des Naturforschers Ostwald (FrkfZ. vom 17. 7. 10 Nr. 195), ein einheitliches, für alle Kulturnationen gleiches Geldsystem einzuführen. Soweit es sich um die Schaffung einer einheitlichen Goldgrammwährung handelt, ist die Idee zwar nicht unausführbar, aber ohne verhältnismäßig erhebliche Vorteile. Die Einführung eines internationalen Papiergeldes und die Einrichtung eines internationalen Giro- und Scheckverkehrs sind unausführbar, sie setzen eine Weltzahlungsgemeinschaft unter der Verwaltung einer Weltbank voraus.

3. „Ausdrücklich". a) *Titze, Lehre vom Mißverständnisse 74. Ausdrücklich im Sinne dieses Paragraphen heißt so viel wie deutlich. b) Vgl. hierüber auch zu § 700 Ziff. 2b Henle, Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung.

§ 246. **RG.** WarnE. **3** 433. Vergütung für die Gewährung des Darlehens in Gestalt einer Unterbeteiligung an einem Geschäfte, welche mit der Verzinsung des Darlehens nichts zu tun hat, von der Kündigung nicht berührt wird und so lange besteht, wie das Geschäft existiert.

Zu §§ 249 ff. Literatur: Adler, Unverschuldetes Unrecht (Rektoratsrede), Wien 1910. — Dungs, Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, GruchotsBeitr. **54** 545 ff. — Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, ACivPr. **106** 309 ff. — Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.

Schadenszurechnung. Gründe der Schadensersatzpflicht im allgemeinen. 1. Müller-Erzbach. Das Verschuldungsprinzip als allgemeiner Grundsatz läßt sich nicht aufrechterhalten. Es entbehrt im weitaus größten Teile seines jetzigen Herrschaftsgebiets der inneren Rechtfertigung. Die bedenklichste Seite des Kulpaprinzips ist der Einfluß, den es auf die Praxis, teilweise auch auf die Gesetzgebung nach der Richtung hin ausgeübt hat, daß diesem Prinzipe zuliebe in vielen Fällen das Vorhandensein eines Verschuldens fingiert wird. Ein anderer wichtiger Mangel ist die Beweisnot, in welche es den Verletzten vielfach bringt. An seine Stelle setzt Müller-Erzbach das Gefährdungsprinzip. Er unterscheidet zwei Fälle von Haftung ohne Verschulden: die einseitige Gefährdung fremder Interessen im Interesse eines Dritten (Gefährdungshaftung) und das durch ein eigenes Interesse veranlaßte Eintreten in ein gewisses Risiko (Interessenexponierung, Gefahrtragung) (351 ff.). 1. Gefährdungshaftung betrifft die Fälle, in welchen Gefährdungszustände im einseitigen Interesse

geschaffen oder unterhalten werden, wodurch gewisse fremde Interessen bedroht sind; so droht dem Landwirte Flurschaden von unten durch den Bergbau und von oben durch die Luftschiffahrt, ferner durch Haltung eines großen Wildbestandes von seiten des Jagdberechtigten. Fabrikanten von Sprengstoffen und explosiblen Gasen gefährden die Menschenleben und Gebäude in einem gewissen Umkreis um die Fabrik, Starkstromleitungen, Kraftwagen, elektrische Bahnen den Verkehr auf der Straße usw. In allen diesen Fällen gilt, daß, wer im eigenen Interesse Gefährdungszustände hervorruft, für die hieraus entstehenden Schäden haftet, sofern die Gefährdung für ihn voraussehbar gewesen ist. Hiermit wird jedoch nicht wieder das Verschuldungsprinzip übernommen; denn es genügt die objektive Erkennbarkeit der Gefährlichkeit der Handlung, d. h. eine Haftung soll dann eintreten, wenn ein sachkundiger und umsichtiger Mann bei Würdigung der gegebenen Sachlage das Eintreten einer Gefahr erkennen konnte. Ja die Haftung erstreckt sich auch auf die Fälle der höheren Gewalt. — Die Gefährdungshaftung ist bereits in weitem Umfange geltendes Recht, vgl. die Haftung des Reeders, des Schiffseigners, der Eisenbahn, des Kraftfahrzeughalters, des Halters eines Luxustiers, des Gläubigers wegen verfrühter Zwangsvollstreckung usw. — Da nur das objektive Interesse entscheidet, ist auch der Unzurechnungsfähige haftbar. — Dem Geschädigten gegenüber, der sich selbst gefährdet hat, besteht keine Haftung (360 f.). 2. Die Gefahrtragung ist überall da zu entscheiden, wo jemand ein bestimmtes Interesse einer gewissen Gefahr aussetzt. Beispiele sind der Absender, welcher Güter verfrachtet und sie hiermit dem Eisenbahnrisiko anvertraut, der Besteller, der den Bau eines Hauses in Auftrag gibt, und dadurch in das Risiko des Gelingens der aufgegebenen Arbeit eintritt. Solche Fälle der Interessenexponierung kommen auch in außervertraglichen Verhältnissen vor (Zweifel über die Abgrenzung zwischen den Fällen der Gefährdungshaftung und der Gefahrtragung äußert Müller-Erzbach 412—413 selbst). Das Prinzip der Gefahrtragung ist die Regel, daß von mehreren Beteiligten derjenige den Schaden tragen müsse, der das Risiko des Schadenseintritts ganz oder im Vergleiche zu den Mitbeteiligten doch überwiegend in seiner Hand hat. Hier geht jedoch die Gefahrtragung nur bis zu den Fällen der höheren Gewalt. Auch im geltenden Rechte gibt es bereits einige Bestimmungen, welche auf dem Gefahrtragungsprinzipe beruhen, z. B. § 459 HGB., wonach die Bahn von der Haftung für gewisse Schäden um deswillen befreit ist, weil die Bahn die Gefahren nicht beherrscht, aus denen sie hervorgehen. Eine Konzession prinzipieller Natur zugunsten des Gefahrtragungsgedankens ist die Haftung für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. Im übrigen ist aber das geltende Vertragsrecht noch völlig im Banne des Verschuldungsgedankens. Mehr Ausdruck hat die Gefahrtragungsmaxime außerhalb des Vertragsrechts gefunden, so bei der Lehre des Zuganges von Willenserklärungen (der Erklärende hat das Risiko, soweit seine Sphäre reicht), ferner bei der Nichtübereinstimmung von Willen und Erklärung (das Risiko des Nichtübereinstimmens trägt der Erklärende) (409 f.).

2. Dungs. Das Verschuldungsprinzip im Rechte der unerlaubten Handlungen reicht nicht aus. Die Gesetzgebung muß die gefährlichen Betriebe allgemein für haftpflichtig erklären, ebenso muß auch die Vornahme einer einzigen gefährlichen Handlung dazu verpflichten, die Gefahr der Handlung zu tragen.

3. Adler hält für das Strafrecht das Verschuldensprinzip angemessen, für das Zivilrecht das Erfolgshaftungsprinzip. (Die Abhandlung betrifft wohl nur die Deliktshaftung.)

4. Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert (Erster Teil. Berlin 1910) 107 ff. Es gibt Tatbestände der Schadensersatzlehre, die sich weder aus dem Veranlassungs- noch aus dem Verschuldensprinzip

erklären lassen. Den beiden Prinzipien tritt das Prinzip der konkreten Billigkeit zur Seite. Dieses liegt zugrunde in den Fällen der Haftung der Unzurechnungsfähigen und in anderen Einzelfällen, vgl. z. B. das Automobilgesetz.

5. Rümelin lehnt die Begründung einer allgemeinen Erfolgs- und einer allgemeinen Billigkeitshaftung ab und hält prinzipiell an dem Verschuldensprinzip fest. Er erkennt verschiedene Ausnahmen hiervon an, welche bereits geltendes Recht sind und noch weiter ausgebaut werden können. Es ist dies erstens das Prinzip der Gefährdungshaftung bei Schäden, die durch die sogen. lästigen Betriebe, durch Automobile, Tiere, Angestellte (§ 278 BGB.) usw. verursacht werden. Es handelt sich hier um die ersatzpflichtige Gefährdung auf Grund überwiegenden Interesses (29). Ferner hat in Vertragsverhältnissen für Unfälle, Unstimmigkeiten und Fehler derjenige zu haften, in dessen Einwirkungssphäre sie sich ereignet oder ergeben haben; Prinzip der Gefahrenverteilung (45).

§ 249. Literatur: Krückmann, Schadensliquidation aus fremdem Interesse, JheringsJ. **56** 245 ff.

1. Begriff des Schadens. a) **RG.** 73 333 (339 f.), JW. **10** 705 Nr. 4, R. **10** Nr. 2348. Der Schaden des zu einem Teile ausgefallenen Hypothekengläubigers, der das Grundstück selbst erstanden hat, im Falle der Beseitigung wertvoller Grundstücksbestandteile besteht darin, daß der Gläubiger in Höhe des Betrags, um den der Wert des Grundstücks durch die weggenommenen Bestandteile sich erhöht hätte, ungedeckt geblieben ist. b) Ebenso **RG.** WarnE. **3** 417. Allerdings war der Klägerin ein Nachteil schon dadurch entstanden, daß das Grundstück durch die Entfernung der Fensterflügel überhaupt in seinem Werte vermindert worden war; denn es war ihr mit allen seinen Teilen verhaftet. Hierdurch entstand ihr der Anspruch auf Wiederherbeischaffung der Fensterflügel oder auf Ersatz dieses Wertes zur Wiederherstellung. Der hierauf gerichtete ursprüngliche Klagantrag war daher durchaus gerechtfertigt. Jener Anspruch ist aber im Laufe des Prozesses dadurch weggefallen, daß die Hypotheken der Klägerin durch den Zuschlag erloschen sind. Jetzt ist die Frage darauf zu richten, ob die Klägerin durch den Ausfall ihrer Hypotheken einen Schaden erlitten hat; denn die Forderungen der Klägerin waren aus dem Grundstücke zu zahlen, und es kann ihr ein Schaden nur dann entstanden sein, wenn der Wert des Grundstücks zur Zeit der Zwangsversteigerung ihre Hypothekenforderungen nicht oder nur zum Teil deckte und dies durch die Entfernung der Fensterflügel veranlaßt worden war. Ob und wie viel über das Gebot der Klägerin hinaus geboten worden wäre, wenn die Fensterflügel sich zur Zeit der Versteigerung noch auf dem Grundstücke befunden hätten, ist für die Schadensberechnung nicht maßgebend.

2. Art und Weise des Schadensersatzes (s. JDR. **8** Nr. 1 und 3, **7** Nr. 1 u. 3, **6** Nr. 1 u. 3, **5** Nr. 2 u. 4, **4** Nr. 2 u. 5, **3** Nr. 2 u. 7, **2** Nr. 2, 8 u. 9). a) **RG.** R. **10** Nr. 2485. Der herzustellende anderweitige Zustand kann auch in dem Abschluß eines Vertrags mit anderem Inhalte bestehen. b) Ersatz fremden Schadens. α. Krückmann. Die Liquidation aus dem Interesse eines Dritten darf stets nur als Durchgangsposten liquidiert werden. In der Klageschrift muß deutlich erkennbar sein, daß dies geschieht. Dies gehört zur Aktivlegitimation. Was von Anfang an als Durchgangsposten entstanden ist, kann für die Liquidation aus fremdem Interesse nicht mehr nachträglich zu einem Durchgangsposten werden (284). Grundsätzlich ist jeder berechtigt gegenüber seinem Schuldner aus Rechtsgeschäft, Delikt oder unmittelbar aus dem Gesetz, das Interesse des Dritten zu liquidieren, wenn der Dritte schon bei Vornahme der schädigenden Handlung durch den Schuldner zu dem Liquidanten in einem Rechts-

verhältnisse stand (oder vor oder nach der schädigenden Handlung durch Rechtsnachfolge in ein vor der schädigenden Handlung begründetes Rechtsverhältnis eintrat), vermöge dessen er fordern konnte, so behandelt zu werden, als wäre er selber der Inhaber des Ersatzanspruchs gegen den Ersatzschuldner, d. h. wenn der Dritte einen Herausgabeanspruch in Ansehung der liquidierten Summe hat (277). β. **RG.** III. R. **10** Nr. 3900. Der Satz, daß der Vertreter auch den Schaden seines Auftraggebers verlangen kann, erleidet eine Einschränkung, wenn der Vertreter den Vertretenen nicht schadlos gehalten hat und nicht schadlos zu halten braucht, die Ersatzleistung also lediglich eine Bereicherung des Vertreters bilden würde. γ. SeuffA. **65** 136 (Hamburg). Derjenige, der in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung mit einem anderen kontrahiert, kann von seinem Kontrahenten aus diesem Vertrag auch den Schaden ersetzt verlangen, der seinem Hintermanne durch die Vertragsverletzung des Kontrahenten entsteht.

3. Umfang des Schadensersatzes (wegen der früheren Jahrgänge des JDR. s. oben Nr. 2). **a) RG.** HoldheimsMSchr. **10** 217. Für den Umfang der Schadensersatzpflicht des säumigen Verkäufers können die Vereinbarungen maßgebend sein, die der infolge der Säumnis des Verkäufers seinerseits seinem Abnehmer gegenüber säumig gewordene Käufer mit diesem über den ihm deshalb zu ersetzenden Schaden getroffen hat. **b) RG.** R. **10** Nr. 3311. Bei der Berechnung des Schadens wegen Störung eines Gewerbebetriebs ist neben dem Reingewinne der Wert der Anlage nicht noch besonders anzusetzen. **c)** Schadensersatz wegen argListiger Täuschung des Käufers über die Mietserträge des gekauften Grundstücks. **RG.** SeuffA. **65** 264. Bei der Feststellung des Wertes des Grundstücks zwecks Entschädigung ist, mangels besonderer Umstände, der allgemeinen Verkehrsanschauung entsprechend sein objektiver Verkaufswert oder der Wert ins Auge zu fassen, den der Verkehr ihm beilegt. Dieser Verkaufswert fällt nun aber keineswegs stets mit dem Durchschnitte des Areal- und Bauwerts einerseits und des Ertragswerts anderseits zusammen; vielmehr lehrt die Erfahrung, daß der Verkaufswert eines Grundstücks auch durch andere Faktoren wie die Entwickelung und Entwickelungsfähigkeit der Gegend, in der es liegt, beeinflußt wird und auch abgesehen hiervon in verhältnismäßig kurzen Zeiträumen erheblich schwankt. Ebenso lehrt die Erfahrung, daß der Verkaufswert, insbesondere eines Hausgrundstücks, das durch Vermietung benutzt wird, sich ganz überwiegend nach seinem Ertragswerte richtet, bei dessen Bemessung allerdings auch auf Alter und Beschaffenheit der Baulichkeiten Rücksicht zu nehmen ist. Im allgemeinen ist der Wert eines solchen Hausgrundstücks deshalb nach Maßgabe des Ertragswerts, jedoch unter Berücksichtigung etwaiger entsprechender Vergleichskäufe oder der sonst festzustellenden Preise der in der betreffenden Örtlichkeit belegenen gleichartigen Hausgrundstücke zu ermitteln (**RG. 66** 311). **d)** Konkrete Schadensberechnung. **RG.** R. **10** Nr. 3895. Bei konkreter Berechnung des durch Nichterfüllung eines Kaufvertrags entstandenen Schadens kann der Käufer, der die Ware weiterverkauft hat, den durch den Weiterverkauf erzielten Gewinn und den ihm durch seine Nichterfüllung desselben entstandenen Verlust nur dann fordern, wenn durch die Nichtlieferung seines Verkäufers die Erfüllung der eigenen Verpflichtungen aus dem Weiterverkaufe vereitelt ist. Handelt es sich um marktgängige Ware, so ist mangels besonderer Umstände zu unterstellen, daß der Weiterverkäufer bei Nichtlieferung seines Verkäufers sich diese anderweit rechtzeitig zum Marktpreise beschaffen konnte. **e)** Bei anfechtbaren Verträgen. **α.** Bei arglistiger Täuschung über den Selbstkostenpreis der Kaufsache (Geldentschädigung?). **RG.** JW. **10** 934 Nr. 4, SächsRpflA. **10** 538, R. **10** Nr. 3711. Die Feststellung des Schadens auf der Grundlage, daß

der Unterschied zwischen dem wahren Werte und dem infolge der Täuschung gezahlten Preise zu ermitteln ist, ist lediglich bei Täuschung über Eigenschaften der Kaufsache nach Analogie von § 463 zulässig. Da der Selbstkostenpreis des Verkäufers mit einer Eigenschaft der Kaufsache nichts gemein hat, so findet — mangels Anwendbarkeit des § 251 — nur § 249 Abs. 1 Anwendung. Dies führt nur dann zu einer Geldentschädigung, wenn festgestellt wird, daß, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte, der Kaufvertrag zu einem geringeren Preise, als geschehen, abgeschlossen worden wäre, daß also nicht nur der Käufer einen geringeren Preis geboten, sondern sich auch der Verkäufer damit einverstanden erklärt hätte. Andernfalls würde nicht gesagt werden können, daß es überhaupt zu einem Kaufe gekommen wäre; dann aber wäre für einen auf § 249 zu stützenden Geldschadensanspruch kein Raum. β. Beim Betruge. SeuffA. **65** 280 (Dresden). Der Betrüger (§ 826) haftet — entgegen **RG. 66** 336 — nicht auf das Erfüllungsinteresse (§ 464), sondern auf Ersatz dessen, was der Geschädigte gehabt hätte, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand, sonach bei arglistigem Verschweigen das arglistige Verschweigen nicht eingetreten wäre. Hat der Geschädigte als Darlehnsvaluta wertlose Kuxe erhalten, so kann er gegen Rückgabe der Kuxe den Barbetrag der Valuta verlangen.

4. Vorteilsausgleichung. Verneint in folgenden Fällen. a) **RG.** R. **10** Nr. 4054. Gegenüber der Schadensersatzklage wider einen Gerichtsvollzieher wegen Verlustes von Pfandstücken, welche zur Zeit der Klagerhebung dadurch begründet ist, daß die von der Klägerin betriebene Zwangsvollstreckung tatsächlich nicht zu ihrer Befriedigung geführt und daß sie eine solche auch nicht im Konkurs erlangt hatte, kann der Gerichtsvollzieher nicht einwenden, daß im Laufe des Rechtsstreits der Schuldner wieder zu ausreichendem Vermögen gelangt sei und so ein Schaden nicht bestehe. **b)** Invalidenrente beim Schadensersatze. OLG. **20** 135 (Hamm). Die Invalidenrente hat bei der Schadensberechnung ganz auszuscheiden. Wie die vom Kläger wirklich bezogene Knappschaftsrente bei der Festsetzung des Schadens mit Recht völlig außer acht gelassen ist, so kann auch jetzt der Gesichtspunkt, daß er ohne den Unfall eine höhere Rente bezogen haben würde, keine Beachtung finden.

5. Kausalzusammenhang (s. JDR. **8** Nr. 2, **7** Nr. 2, **6** Nr. 2, **5** Nr. 3 **4** Nr. 3, **3** Nr. 4, **2** Nr. 3). **a)** Adäquate Verursachung — vgl. hierzu auch b. α. Bejaht **RG.** R. **10** Nr. 4055. Liegen gegen einen Schuldner zahlreiche und verwickelte Pfändungen vor, so ist die Möglichkeit, daß der Gläubiger durch grundlose Ansetzung eines Versteigerungstermins zu Schaden kommen kann (z. B. durch Konkursausbruch, Pfandverschleppung), unschwer vorauszusehen. β. Ebenso bejaht **RG.** LeipzZ. **10** 303 Nr. 5, HoldheimsMSchr. **10** 94, R. **10** Nr. 842. Ist durch einen Schiffsunfall ein Verkehrshindernis geschaffen, so ist derjenige, der den Unfall verschuldet, aber rechtzeitig von dem Verkehrshindernisse der Strompolizeibehörde Anzeige gemacht hat, nicht auch für den Schaden verantwortlich, der dadurch eintritt, daß die Strompolizeibehörde die für die Sicherheit der Schiffahrt gebotenen Maßnahmen unterläßt. γ. Dagegen verneint WürttJ. **23** 7 (Stuttgart). Verneinung des Kausalzusammenhanges zwischen unerlaubtem Verkaufe von Pulver und einer Schußverletzung. δ. Ebenso betr. Nichtverwertung von Arbeitskraft. OLG. **20** 138 (Kiel). Der Gläubiger kann seinen Schuldner nicht dafür haftbar machen, daß er seine Arbeitskraft besser hätte verwenden können, wenn der Schuldner nicht in Leistungsverzug gewesen wäre, vielmehr rechtzeitig erfüllt hätte. Denn regelmäßig ist eine Person dadurch, daß sie von ihrem Schuldner wegen einer streitigen Forderung nicht rechtzeitig Befriedigung erlangt, daß es vielmehr erst zum Prozesse kommt, nicht behindert, ihre Arbeitskraft innerhalb ihres Berufs zu verwerten. Nur außergewöhnliche Umstände, das Fehlen des erforderlichen

Kapitals zur Verwertung der Arbeitskraft und mangelnder Kredit können einen solchen Erfolg mit herbeiführen (vgl. auch lex ult. D. 18, 6). **b)** Mittelbare, indirekte Verursachung genügt. **RG.** WarnE. **3** 437. Ist durch den Unfall neben der akuten körperlichen Verletzung auch ein Nervenleiden bei dem Verletzten verursacht und dieses durch die Aufregungen des Rechtsstreits, durch die Verweigerung des geforderten Schadensersatzes erheblich gesteigert, so steht der nur mittelbar eingetretene Erfolg nicht notwendig in einem so entfernten Zusammenhange mit dem ursprünglichen Ereignisse, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden könnte (vgl. **RG.** JW. **08** 526). **c)** Die Ursache braucht nicht die einzige gewesen zu sein. Grundsatz der Gesamtkausalität mehrerer mitwirkender Ursachen. α. **RG.** LeipzZ. **10** 621. Es genügt, daß ein bestimmter Umstand eine der mitwirkenden Ursachen für den schädigenden Erfolg darstellt, sofern nur nicht die Verbindung zwischen beiden so lose ist, daß nach der Auffassung des Lebens der eingetretene Schaden nicht mehr als eine Folge auch der mitwirkenden Ursache in Betracht gezogen wird. β. **RG.** JW. **10** 579. Wo zwei Ursachen wesentlich sind, um einen Erfolg herbeizuführen, beruhen auch die ganzen Folgen wesentlich auf jeder dieser Ursachen (Grundsatz von der Gesamtkausalität). Dieser Grundsatz liegt den §§ 830, 840 BGB. zugrunde und greift auch dort Platz, wo mehrere, teils erlaubte, teils unerlaubte Handlungen als einheitliche Ursache einen Schaden herbeigeführt haben. Dann ist nur derjenige, dem eine unerlaubte Handlung zur Last fällt, für den ganzen Schaden haftbar, während die anderen, deren Mitwirkung auf erlaubten Handlungen beruht, haftungsfrei bleiben müssen. Das gleiche gilt, wenn diese mehreren Handlungen von einer und derselben Person begangen worden sind; in diesem Falle haftet sie für den ganzen Schaden, sofern nur eine ihrer Handlungen, die für den Schaden gesamtkausal waren, eine unerlaubte ist. γ. **RG.** JW. **10** 65 Nr. 15. Wenn jede der beiden Ursachen zur Hervorbringung des schädlichen Erfolges unbedingt erforderlich war (Hundebiß und nachlässige Behandlung der Wunde durch den Verletzten), also das Verschulden des Verletzten nicht die alleinige Ursache gewesen sein kann, so kann auch nicht von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwischen dem Hundebiß und dem Schaden die Rede sein. Der Hundebiß hat eben den Schaden mit verursacht. Davon verschieden ist die Frage, ob der Schaden vorwiegend durch das mitwirkende Verschulden des Verletzten verursacht worden ist. δ. **RG.** JW. **10** 650, EisenbE. **27** 86, R. **10** Nr. 3310. War die Entstehung des Schadens auf zwei Ursachen zurückzuführen (Anlage zum Leistenbruch und Unfall), deren jede als mitwirkende in Betracht kommt, so reicht es aus zur Annahme des Kausalzusammenhanges, daß die eine Ursache eben der vom Kläger erlittene Unfall war. Die Unterscheidung zwischen Gelegenheit (Unfall) und Ursache (Bruch) ist nicht gerechtfertigt. ε. Ebenso HansGZ. **10** Beibl. 197 (Hamburg). Der Kausalzusammenhang einer Verletzung mit dem Tode des Verletzten wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dieser krankhaft veranlagt war. **d)** Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. α. SeuffA. **65** 369, SchlHolstAnz. **10** 121 (Kiel). Unterbrechung des Kausalzusammenhanges liegt vor, wenn das Amtsgericht zu Unrecht die Kosten für einen unrichtig aufgenommenen, aber deshalb nicht nichtigen Wechselprotest abgesetzt hat. Der Schaden ist wesentlich durch diese Entscheidung des Amtsgerichts verursacht, welche einem unberechenbaren Zufalle gleichzustellen ist; die unrichtige Protestaufnahme des Gerichtsvollziehers stellt nur die Veranlassung für die Absetzung der Kosten dar. β. Dagegen **RG.** JW. **10** 106 Nr. 4, R. **10** Nr. 489. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Versehen des Ge-

richtsvollziehers bei der Zustellung der Berufungsschrift und dem Schaden (Verlust des Rechtsmittels bzw. Verwerfung der Berufung) wird nicht dadurch unterbrochen, daß dem Wiedereinsetzungsgesuche hätte stattgegeben werden müssen. Es würde damit die das Wiedereinsetzungsgesuch zu Unrecht zurückweisende Entscheidung nur als eine zweite ursächliche Tatsache neben das Verschulden des Gerichtsvollziehers getreten sein (vgl. oben c). γ. **RG.** FrankfRundsch. **44** 101. Der ursächliche Zusammenhang wird durch die Mitwirkung noch anderer Ursachen nicht ausgeschlossen, ist aber dann zu verneinen, wenn die nicht entfernte Möglichkeit besteht, daß die Folge auch ohne die behauptete Ursache eingetreten wäre. (Kausalzusammenhang, verneint in einem Falle, wo der Berichterstatter eines behördlichen Kollegiums, des Reichsgesundheitsrats, wegen der durch seine Berichterstattung herbeigeführten Erstattung eines falschen Gutachtens des Kollegiums haftbar gemacht wurde.) δ. WürttJ. **23** 9 Nr. 2 (Stuttgart). Keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, wenn die vom Wagen infolge ungenügender Befestigung heruntergefallene Kohlensäureflasche, durch deren Explosion der Kläger verletzt worden ist, eine verschwächte Stelle am Halse gehabt hat. Dieses Glied in der Kette des ursächlichen Zusammenhanges (denn ohne die verschwächte Stelle wäre die Flasche nicht explodiert) war zwar nicht vorhersehbar, kann aber doch nicht als selbständiger, mit dem übrigen Ursachenverlauf außer Zusammenhang stehender Umstand betrachtet werden.

§ 251. 1. Abs. 1. Unmöglichkeit der Herstellung. a) **RG.** R. **10** Nr. 1223. Ist die Verpflichtung, mit einem bestimmten Grundstücke Sicherheit zu leisten, unmöglich geworden, so kann der Ersatz bei der eigenartigen Natur des in Rede stehenden Anspruchs nicht wie sonst regelmäßig (**RG. 61** 353) in einer Geldzahlung an den Berechtigten, sondern nur in einer anderen gleichwertigen Sicherheitsleistung bestehen. Allerdings kann der Schuldner zu diesem Zwecke nach § 232 Geld hinterlegen. **b) RG.** LeipzZ. **10** 770, WarnE. **3** 282. Dinglichen Ansprüchen gegenüber, mit denen die Beseitigung des das Eigentum oder das Recht an fremder Sache beeinträchtigenden tatsächlichen Zustandes verlangt wird, greift eine Einrede der Unmöglichkeit der Erfüllung niemals durch; vielmehr muß hier der gesetzmäßige Zustand, der dem Berechtigten die ungestörte Ausübung seines Rechtes ermöglicht, unter allen Umständen hergestellt werden, sofern seine Herstellung überhaupt im Bereiche physischer Ausführbarkeit liegt.

2. Abs. 2. Ausdehnung dieser Vorschrift. *Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung, JheringsJ. **58** 170 (vgl. o. zu §§ 241 ff. Nr. 1 f). Wer zu einer Naturalleistung verpflichtet ist, die nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwande verwirklicht werden kann, hat die Befugnis, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, nicht bloß in den Fällen des § 251 (Schadensersatzpflicht) und des § 633 Abs. 2 (Beseitigung des Mangels an einem herzustellenden Werke), sondern auch z. B. wenn die Leistungspflicht auf Verabredung beruht oder wenn es sich um die Aufhebung des Zustandes einer Sache handelt, der mit einem dinglichen Rechte in Widerspruch steht (§§ 1004, 1027). Vgl. JDR. **1** 160 u. **2** 137.

§ 252. **RG.** JDR. 8 Nr. 2 jetzt auch LeipzZ. **10** 74.

§ 254. Literatur: Dungs, Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, GruchotsBeitr. **54** 545 ff. — Kahn, Kulpakompensation und Gehilfenhaftung, AbürgR. **34** 350 ff. — Schierlinger, Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254, SeuffBl. **75** 661. — Siehr, PosMSchr. **10** 142.

I. Allgemeines. Grundsätzliches. Anwendungsgebiet. 1. § 254 findet Anwendung. a) Bei culpa in contrahendo. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse (Berlin 1910) 65 ff. Die Vorschrift gilt auch für die Ansprüche aus Verschulden beim Vertragsschlusse.

b) Trotz pflichtwidrigen Handelns des Schädigers. **RG.** WarnE. **3** 438. Trotz Vorliegens einer Pflichtwidrigkeit des Konkursverwalters war dieser im Hinblick auf den unbeschränkten Wortlaut und den Zweck des § 254 berechtigt, im gegenwärtigen Prozesse sich zur Verminderung seiner eigenen Verantwortlichkeit auf das konkurrierende Verschulden der Klägerin zu berufen. c) Bei außervertraglichen Gesamtschuldverhältnissen. Dungs. Auch bei allen außervertraglichen Gesamtschuldverhältnissen hat gemäß § 254 Ausgleichung stattzufinden. d) Bei verschiedenen Haftungsgründen. **RG.** LeipzZ. **10** 74, GruchotsBeitr. **54** 414. Sind mehrere Personen aus verschiedenen Haftungsgründen für denselben Schaden verantwortlich, den der Beschädigte mit verschuldet hat, so entspricht es dem Geiste und Zwecke des § 254, die Schadensersatzpflicht des einzelnen je nach seinem Verschulden und der von ihm ausgehenden Verursachung des Schadens im Verhältnisse zu der dem Beschädigten zufallenden Schuld und Verursachung verschieden auszumessen. (Die Frage, ob die mehreren Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner haften, hat damit nichts zu tun, sondern entscheidet sich nach § 840.) e) Auf das württembergische Sachschadengesetz. WürttJ. **22** 7 (Stuttgart). § 254 findet auf das württ. G. v. 4. Juni 1903 betreffend die Haftung für Sachschaden bei dem Eisenbahnbetrieb Anwendung. Die Gründe, die zur Verneinung dieser Anwendung auf das preußische Eisenbahngesetz geführt haben, sind hier nicht maßgebend; vielmehr ist das württembergische Gesetz vollständig an das Reichshaftpflichtgesetz angelehnt worden.

2. § 254 findet keine Anwendung a) Bei Zusammentreffen von Verschuldungs- und Gefährdungshaftung. α. **RG.** **71** 7, EisenbE. **26** 157. § 254 Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn bei der Entstehung des durch Verschulden eines anderen (Motorradfahrer) verursachten Schadens ein Tier mitgewirkt hat, dessen Halter der Beschädigte ist. Der Rechtsgedanke, der sich im § 840 Abs. 2 u. 3 ausprägt, führt ganz besonders in dem Falle, wo, wie hier, auf der einen Seite Gefährdungshaftung, auf der anderen Haftung aus Verschulden vorliegt, dazu, den Urheber der schuldhaften Handlung den Schaden, für den er verantwortlich ist, allein tragen zu lassen. — Vgl. hierzu jedoch β. Dungs. Auch in den Fällen der Gefährdehaftung findet die Anrechnung gemäß § 254 statt. Ebenso muß auch der Verletzte sich die Anrechnung gefallen lassen, ohne daß er ein Verschulden begangen haben muß. b) Bei Ausschluß durch Vertrag. KGBl. **10** 91 (KG.). Sind in einem Versicherungsvertrage die Folgen eines Verschuldens des Versicherten erschöpfend geregelt, so ist dadurch eine Schuldabwägung nach § 254 ausgeschlossen. c) Auf frühere Umstände. α. SeuffBl. **10** 118 (München). Ein früherer Unfall ist kein gemäß § 254 die Haftung mindernder Umstand. Denn es handelt sich dabei um einen zur Zeit des schädigenden Ereignisses bereits vollständig abgeschlossenen Tatbestand, der mit dem schädigenden Ereignis in keinem Zusammenhange steht und dessen Einwirken auf das körperliche Befinden des Verletzten auch nicht unter § 254 Abs. 2 gebracht werden kann. β. R. **10** Nr. 1918 (Hamburg). Gegen den Schadensersatzanspruch wegen Körperverletzung kann der Ersatzpflichtige nicht einwenden, der Verletzte habe schon vor der Verletzung sich dem Alkoholgenuß ergeben und dadurch die Folgen der Verletzung schuldhafterweise verschlimmert. d) Im französischen Rechtsgebiete. **RG.** JW. **10** 632 Nr. 39 hält an der in konstanter Rechtsprechung und bewußter Abweichung von der französischen Praxis und Rechtslehre vertretenen Auffassung fest, daß es für die Beurteilung von Schadensersatzansprüchen lediglich darauf ankommt, die eigentlich kausale Ursache des Schadens und damit die Verantwortlichkeit für ihn festzustellen und daß, falls diese eigentliche Ursache festgestellt

ist, daneben ein eigenes Verschulden des Geschädigten selbst nicht weiter in Betracht kommt (vgl. ElsLothZ. **9** 305, PuceltsZ. **23** 426, RheinA. **76** III 105, JW. **07** 119 Ziff. 11).

3. **RG.** R. **10** Nr. 844. Bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens darf auch berücksichtigt werden, daß der Verletzte die Verrichtung, bei der er verunglückt ist, aus Gefälligkeit leistete, zwar nicht in dem Sinne, daß die Unentgeltlichkeit ein Milderungsgrund ist, aber insofern, als der Verletzte die Gefahren des Betriebs weniger kannte.

4. Verhältnis des § 278 zu § 254 (s. JDR. **8** Nr. 4, **7** Nr. 4, **6** Nr. 5, **5** Nr. 4, **4** Nr. 4, **3** Nr. 6, **2** Nr. 9). **a)** Kahn. Abs. 2 Satz 2 des § 254 ist nicht nur auf Erfüllungshandlungen des in einem Schuldverhältnisse zum Schädiger stehenden Beschädigten anwendbar, wie besonders das **RG. 55** 32 und DJZ. **03** 549 und OLG. **2** 457 (Hamburg) annehmen, sondern die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist auch auf die Fälle gegeben, in denen zwischen Schädiger und Beschädigtem zwar ein Schuldverhältnis besteht, die schädigende Handlung aber nicht in den Kreis der Erfüllungshandlungen fällt, ja auch auf die Fälle, in denen es an einem Schuldverhältnisse zwischen Schädiger und Beschädigtem überhaupt fehlt. — Trotz schwerwiegender Bedenken, die sich aus der redaktionellen Fassung des Paragraphen ergeben, ist aus Gründen der Logik doch die Annahme gerechtfertigt, daß die entsprechende Anwendung von § 278 nicht auf Abs. 2 des § 254 beschränkt ist, sondern sich auch auf den 1. Absatz dieses Paragraphen bezieht. **b)** Ebenso Dungs. § 278 findet auch in den Fällen des § 254 Abs. 1 Anwendung. **c)** Ebenso SeuffA. **65** 306, SchlHolstAnz. **10** 187 (189 f.) (Kiel). Der Schlußsatz des § 254 betreffend die Anwendung von § 278 bezieht sich nicht nur auf Abs. 2, sondern auch auf Abs. 1. Die gegenteilige Ansicht von **RG. 62** 346 geht zu Unrecht davon aus, daß die entsprechende Anwendbarkeit des § 278 eine Verbindlichkeit im Rechtssinne voraussetze, denn dies ist auch bei § 254 Abs. 2 nicht der Fall. **d)** Ebenso HansGZ. **10** Beibl. 216 (Hamburg).

5. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges oder mitwirkendes Verschulden des Beschädigten? S. o. zu § 249 Nr. 5 c γ.

II. Einzelfälle. 1. Zum § 1 HaftpflG. **a)** Straßenbahnunfälle (s. JDR. **8** Nr. 9 a α, **7** Nr. 10 a α, **6** Nr. 8 a α, **5** Nr. 10 a α, **4** Nr. 10 a α **3** Nr. 10 a, **2** Nr. 12 a). α. *Schierlinger. Ergänzungen und Nachträge zu den Studien in SeuffBl. **05** 109 und **08** 261, betreffend Literatur und Rechtsprechung auf dem hier fraglichen Gebiet, insbesondere in Sachen der Betriebsunfälle auf Eisen- und Straßenbahnen. β. **RG.** R. **10** Nr. 2486. Darin, daß der Fahrgast einer Straßenbahn während der Fahrt seinen Platz auf dem Hinterperron des Wagens wechselt, ist für gewöhnlich kein Verschulden zu finden. Ein solches ist jedoch dann anzunehmen, wenn er, ohne sich ordnungsmäßig festzuhalten, den Platzwechsel gerade zu einer Zeit vornimmt, wo der Wagen eine starke Kurve durchfährt und dies dem Fahrgaste bekannt ist. γ. **RG.** R. **10** Nr. 2782. Wenn trotz des Herannahens eines Straßenbahnwagens ein Fußgänger, um einem anderen Fußgänger auszuweichen, an den Rand des Bürgersteigs tritt, und hierbei von dem vorbeifahrenden Motorwagen gestreift und verletzt wird, so kann nicht ohne weiteres ein eigenes Verschulden des Verletzten angenommen werden. **b)** Eisenbahnunfälle (s. JDR. **8** Nr. 7 und 9 a β, **7** Nr. 10 a β, **6** Nr. 8 a β, **5** Nr. 10 a β, **4** Nr. 10 a β, **3** Nr. 10 a β). α. Schierlinger vgl. oben zu a α. β. SchlHolstAnz. **10** 1 (Kiel). Wenn ein Fahrgast sich nicht vergewissert, ob der zum Halten gebrachte Zug schon auf der Station eingelaufen ist, und infolgedessen vorzeitig aussteigt, ist der Unfall auf eigenes Verschulden des Fahrgastes zurückzuführen. γ. **RG.**

EisenbE. **26** 307. Ein erhebliches Verschulden des Verunglückten liegt darin, daß er *das Gleise überschreiten* wollte, *ohne* sich nach dem Herankommen des Zuges *umzusehen*. Doch auch die Eisenbahnverwaltung muß für die durch die Nichteinrichtung der noch weitergehenden *möglichen* Vorkehrungen (Überführung der Gleise, Aufmerksammachen auf die Gefahr des Überschreitens) gegebene größere Gefährlichkeit einstehen. δ. **RG.** EisenbE. **26** 327, R. **10** Nr. 656. Darin, daß der Reisende bei Eisglätte *sich nicht an das Geländer der Bahnhofstreppe gehalten* hat, liegt kein Verschulden. ε. **RG.** EisenbE. **27** 70, R. **10** Nr. 1854. Bei grobem eigenen Verschulden, *verbotswidrigem Betreten der Ladegleise ohne jede Umschau*, welches den Unfall verursacht hat, kommt die Betriebsgefahr der Eisenbahn als mitwirkend nicht in Betracht. ζ. **RG.** EisenbE. **26** 326, R. **10** Nr. 423. Wenn ein *Eisenbahnarbeiter zwischen den Gleisen* stehend sich von einem heranrollenden Eisenbahnwagen anfahren läßt, obschon seine Aufmerksamkeit durch irgendwelche Umstände sonst nicht in Anspruch genommen ist, und ihm zu seiner Sicherung hinreichend Raum blieb, so ist ein Anspruch ausgeschlossen. η. SchlHolstAnz. **10** 362 (Kiel). Wenn wegen ungenügender Aufsicht die Möglichkeit besteht, daß *spielende Kinder einen auf der Straße rangierenden Zug besteigen*, so ist ein dadurch herbeigeführter Unglücksfall auf das eigene Verschulden des verletzten Kindes und zugleich auf die Betriebsgefahr zurückzuführen. ϑ. **RG.** JW. **10** 37, GruchotsBeitr. **54** 619, EisenbE. **26** 313, DJZ. **10** 79. Auch ein *neunjähriger Junge*, zumal wenn er in unmittelbarer Nähe der Eisenbahn aufgewachsen ist, kennt die mit dem Überschreiten des Gleises verknüpfte Gefahr und handelt fahrlässig, wenn er entweder angesichts des heranfahrenden Zuges noch vor diesem über die Gleise zu kommen versucht oder, wenn er es unterläßt, sich vor Betreten der beiden Gleise umzuschauen und sich zu vergewissern, ob die Strecke frei ist. Vgl. hierzu § 276 Nr. 3 e. ι. **RG.** R. **10** Nr. 3897. Ein Verschulden liegt nicht vor, wenn der *Fuhrmann*, der sich unerwartet mit seinem Lastfuhrwerke zwischen den heruntergelassenen *Bahnschranken* befindet, nicht noch die Schranke emporzuheben versucht, sondern den Wagen vor dem herannahenden Zuge in Stich läßt. Denn für den normalen Menschen bedeutet es kein Verschulden, wenn er angesichts einer so großen und plötzlich eintretenden Gefahr in Bestürzung gerät und vor allem an die Rettung des eigenen Lebens denkt. S. a. u. zu § 276 Ziff. 3e.

2. *Weitere körperliche Unfälle* (s. JDR. **8** Nr. 9 b, **7** Nr. 10 c, **6** Nr. 10 c, **5** Nr. 10 c, **3** Nr. 10 c, **2** Nr. 12 c). a) *Automobilunfälle*. α. **RG.** LeipzZ. **10** 547. Wenn *Automobilinsassen* durch fortgesetztes *Verlangen rascheren Fahrens* den Chauffeur dazu verleiten, auch an gefährlichen Stellen die nötige Vorsicht außer acht zu lassen, so muß ihnen bei einem Unfall ein Teil der Schuld beigemessen werden. β. **RG.** JW. **10** 234, EisenbE. **26** 429, SächsRpflA. **10** 369, R. **10** Nr. 1247 u. 1494. In der *Teilnahme an einer Gefälligkeitsfahrt* mit einem Automobile, deren *Gefährlichkeit erkennbar* ist — es handelte sich um eine Nachtfahrt durch schwieriges Gelände mit einem angeheiterten Führer —, liegt in der Regel ein mitwirkendes Verschulden, nicht aber in der Annahme der Einladung ein Verzicht auf Schadensersatz aus dem Verschulden des Einladenden. γ. SeuffBl. **10** 222, R. **10** Nr. 1224 (München). Kein konkurrierendes Verschulden des *Fuhrwerksbesitzers*, dessen *Pferde* infolge Herannahens eines Automobils *scheuen*, wenn er Pferde verwendet, welche noch nicht an Automobile gewöhnt sind. δ. **RG.** JW. **10** 105 Nr. 3, EisenbE. **10** 412. Eigenes Verschulden *des Radfahrers*, der das *Hupensignal* des Automobils *infolge Alkoholgenusses überhört* hat. Das Fahren mit dem Fahrrad auf öffentlicher Straße, wenn der Genuß von Alkohol auch nur

einigermaßen die Schärfe der Sinne und die Sicherheit des Fahrens beeinträchtigt hat, ist ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. ε. **RG.** JW. **10** 105 Nr. 3. Es liegt ein mitwirkendes Verschulden des Radfahrers vor, welcher nicht rechtzeitig auf das hinter ihm herkommende Automobil Rücksicht genommen hat und nicht rechtzeitig nach rechts abgebogen ist. **b)** Andere Unfälle von Fuhrwerken auf der Straße. α. **RG.** R. **10** Nr. 4057. Ein zunächst durch Aufmunterung des Fuhrwerkslenkers zum Schnellfahren begründetes Mitverschulden kann durch nachträgliche Warnung gemindert werden. β. **RG.** R. **10** Nr. 1920. Wer durchgehenden Pferden, um sie aufzuhalten, entgegentritt, damit ein zu befürchtender Schaden vermieden werde, handelt in Erfüllung einer sittlichen Pflicht. Sein Verhalten ist daher nicht schuldhaft. γ. Schl. HolstAnz. **10** 358 (Kiel). Konkurrierendes Verschulden des Kutschers, der nachts mit seinem Wagen auf einem unbeleuchteten Feldwege die zur Abgrenzung des Fußsteigs gesetzten Pfähle anfährt und durch den Ruck verletzt wird. δ. **RG.** R. **10** Nr. 2970. Das Zurückschieben eines Wagens durch die Pferde und gleichzeitiges Eingreifen in die Speichen stellt eine Fahrlässigkeit dar, wenn es sich um eine größere Strecke (25 Schritt) handelt. Es ist dabei nahezu unmöglich, ein Unruhigwerden der Pferde und ein Schiefgehen des Wagens zu verhüten. **c)** Beim Gehen auf der Straße. α. **RG.** R. **10** Nr. 4056. Auch in einer größeren Stadt muß der Fußgänger auf Öffnungen, z. B. Kellerluken, im Bürgersteig achten. Aber die Unterlassung der Aufstellung eines Schutzgeländers oder Warnungspostens bildet selbst bei sonst genügender Beleuchtung ein weitaus überwiegendes Verschulden. β. **RG.** R. **10** Nr. 846. Wenn jemand beim Passieren einer wegen Glatteis unsicher gewordenen Straße dicht an dem auf einer Seite herführenden Mühlbach herschreitet, obwohl der übrige Teil der Straße weniger Gefahren bietet, und dann beim Ausgleiten in den Bach stürzt, so ist ein schwerwiegendes eigenes Verschulden vorhanden. **d)** In Gebäuden oder beim Betreten von Gebäuden. α. **RG.** R. **10** Nr. 2784. Wer einen erleuchteten Laden aufsuchen will, dabei aber durch eine von der Straße aus zugängliche Tür in einen dunklen Raum gerät, hat den durch Sturz erlittenen Schaden zur Hälfte zu tragen. β. **RG.** R. **10** Nr. 657. Wer einen dunkel oder nur spärlich beleuchteten Maschinenraum durch eine als ordnungsmäßigen Zugang nicht anzunehmende türlose Maueröffnung betritt, ohne für ausreichende Beleuchtung des zu nehmenden Weges zu sorgen, handelt grobfahrlässig. γ. **RG.** R. **10** Nr. 1069. Beim Betreten fremder Häuser ist besondere Aufmerksamkeit auf den Fußboden vor allem dann zu richten, wenn der Hausgang nicht genügend hell ist, um die darin befindlichen Gegenstände und die Beschaffenheit des Fußbodens erkennen zu können. δ. **RG.** R. **10** Nr. 2783. Den Arzt, der bei trüber Witterung in eine in der Nähe der Haustür befindliche Kellerluke stürzt, trifft mitwirkendes Verschulden. Da trotz der trüben Witterung in dem Hausflur genügendes Licht gewesen war, hätte der Arzt bei aufmerksamem Hinsehen erkennen können, daß er eine offenstehende Kellerluke, nicht eine Fußmatte vor sich habe. Gerade die trübe Witterung, die den Hausflur verdunkelte, mußte ihn um so vorsichtiger machen. ε. SächsOLG. **31** 371 (Dresden). Mitwirkendes Verschulden des Klägers, der auf der dunklen Treppe ausgerutscht ist, aber, da er beim Fortgehen bemerken mußte, daß die Treppe nicht erleuchtet war, zwecks Vermeidung eines Stolperns oder Fehltretens einen Bewohner hätte bitten müssen, ihm während seines Heruntersteigens von oben zu leuchten oder doch mindestens die Tür offen stehen zu lassen, damit ein genügender Lichtschein auf die Treppe falle. **e)** Beim Wettrennen. **RG.** JW. **10** 468, R. **10** Nr. 1713. Mitwirkendes Verschulden

eines beim Rennen durch ein über die Barriere hinwegstürzendes Pferd Beschädigten liegt vor, wenn er einen Standort gewählt hat, von dem er gewußt hat, daß bereits mehrfach Pferde an dieser Stelle aus- und übergesprungen sind. **f)** In der Fabrik. **RG.** EisenbE. **27** 81, R. **10** Nr. 2308. Die Unterlassung unfallverhütender Anweisungen an die ihm unterstellte Person führt für den leitenden Ingenieur einer Fabrik im Falle eines selbsterlittenen Unfalls den vollständigen Verlust seiner Ansprüche herbei. **g) RG.** JW. **10** 614 Nr. 5, WarnE. **10** 246, R. **10** Nr. 2165 erwägt, ob mitwirkendes Verschulden des Klägers anzunehmen ist, der infolge einer vom Beklagten erhaltenen Ohrfeige zu Boden gefallen ist. Der Beklagte habe geglaubt, vom Kläger bestohlen zu sein und ihn, der auch nachher wegen Diebstahls bestraft worden sei, zur Rede gestellt und sich hierbei aufgeregt, der Kläger habe den Diebstahl aber nicht zugegeben, sondern versucht, dem Beklagten den gestohlenen Gegenstand wieder zu entreißen. **h) RG.** JW. **10** 573 Nr. 2 nahm mitwirkendes Verschulden des Empfängers an, der von der Güterabfertigungsstelle der Eisenbahn ein Frachtgut abholte und dabei von der Ladebühne des Güterschuppens herunter stürzte. Da festgestellt ist, daß der Abholende, als er im Begriffe war, die Treppe hinunterzugehen, infolge der Dunkelheit fehlgetreten und gestürzt ist, so geht daraus hervor, daß er die erforderliche Sorgfalt unterlassen hat.

3. Bei Vertragsverhältnissen (s. JDR. **8** Nr. 9c, **7** Nr. 10d, **6** Nr. 8d, **5** Nr. 10d, **4** Nr. 10d). **a)** Dienstberechtigter und Dienstverpflichteter. **α. RG.** JW. **10** 626 Nr. 28. Da die Klägerin wußte, daß ihre Arbeitgeberin keine Beiträge für sie entrichte, sie aber gleichwohl nichts getan hat, um sich den Anspruch auf die Alters- und Invalidenrente zu sichern, und da es zweifelhaft war, ob ihre Dienstleistungen als eine versicherungspflichtige Beschäftigung anzusehen waren, so ist ihr Verschulden das weitaus überwiegende. **β.** Vgl. zu § 618. **b)** Notar und Auftraggeber. **α. RG.** WarnE. **3** 244, R. **10** Nr. 2488. Der Hypothekengläubiger A. hatte für eine für B. einzutragende Hypothek den Vorrang eingeräumt. Der von B. mit der Herbeiführung der Eintragungen beauftragte Notar verzögerte die Eintragung der Hypothek, weil A. mit der Vorlage seines Hypothekenbriefs säumig war. Zwischenzeitlich wurden Zwischenhypotheken eingetragen. Für den hieraus entstehenden Schaden ist überwiegend die von B. nach § 278 zu vertretende Säumigkeit des Notars ursächlich. **β. RG.** R. **10** Nr. 658. Wenn jemand ein von einem Notar als seinem Beauftragten aufgesetztes, eine gewöhnliche Hypothekenlöschung betreffendes, aber unrichtig abgefaßtes Schriftstück auf die Bemerkung des Notars, es sei alles in Ordnung, unterschreibt, ohne das Schriftstück durchzulesen, so ist darin in dem Verhältnisse zum Notar kein eigenes Verschulden des Unterschreibenden zu erblicken. **c)** Eisenbahnfrachtvertrag. EisenbE. **26** 182 (KG.). Für einen dem Absender durch unrichtige Ausstellung eines Duplikats entstandenen Schaden ist zum Teil der Absender, zum Teil die Eisenbahn verantwortlich. **d)** Im Sanatorium. Gastwirt und Gast. OLG. **20** 226, SeuffBl. **10** 259 (München). Kein konkurrierendes Verschulden fällt dem Gaste zur Last, der in einem erstklassigen Sanatorium das im 3. Stocke belegene Zimmer nicht abschließt und in der Tür den Schlüssel stecken läßt. Vgl. hierzu u. § 701 Ziff. 1. **e)** Versicherungsvertrag. **α.** SchlHolstAnz. **10** 55 (Kiel) Der Einbruchsdiebstahl ist durch eigenes grobes Verschulden des Versicherten herbeigeführt worden, da er trotz des Malergerüstes das Küchenfenster der im 1. Stocke belegenen Wohnung hat offen stehen lassen. **β.** KGBl. **10** 91 (KG.). Kein grobes Verschulden des gegen Einbruchsdiebstahl Versicherten ist es, wenn er ein im Versicherungsvertrag angegebenes Sicherungsmittel (Vorlegen einer eisernen Tür) nicht anwendet, während die Geschäftsräume über Mittag geschlossen sind.

III. Abs. 2. 1. Vereitelung von Sicherungsmaßregeln im Nachbarrechte (§§ 909, 823). **RG.** JW. **10** 330 Nr. 3, WarnE. **3** 148. Der an sich zum Schadensersatze berechtigte Eigentümer darf nicht rechtswidrig (§ 226) dem Nachbarn das Betreten seines Grundstücks verbieten und damit Sicherungsmaßregeln absichtlich vereiteln, die den Schaden wesentlich herabgemindert hätten. Man wird es ihm zwar nicht zumuten können, das Innere seines Hauses dem Nachbarn zur Vornahme von Sicherungsarbeiten einzuräumen, wenn dadurch die fortdauernde Benutzung des Hauses zur Bewohnung, Vermietung usw. unmöglich gemacht oder erheblich beeinträchtigt würde. Anders jedoch, wenn der Nachbar diese Arbeiten zu einer Zeit anbietet, zu der das Haus entweder schon unbewohnt ist oder dessen gänzliche Räumung durch den letzten Mieter nahe bevorsteht. S. auch zu § 909 Ziff. 1.

2. Ergreifung eines anderen Erwerbszweigs. **RG.** EisenbE. **26** 325, R. **10** Nr. 290 u. 317. Für die Möglichkeit der Ergreifung eines anderen Erwerbszweigs durch den Verletzten trifft den Haftpflichtigen die Beweislast. Dieser genügt er aber nicht, wenn er auf Erwerbszweige hinweist, deren Ergreifung für den Verletzten (bisher Bauernknecht) nach seinem körperlichen Zustande (Verlust eines Fußes) schlechthin ausgeschlossen ist oder zu denen ihm, soviel ersichtlich ist, die Vorbildung fehlt und kaum verschaffbar ist, oder wenn er sich mit einer allgemeinen Redensart, wie der Benennung der Hausindustrie, die ungezählte Erwerbsarten umfaßt, begnügt.

3. Verpflichtung zum Heilverfahren. a) **RG.** R. **10** Nr. 31 In der Unterlassung eines Heilverfahrens kann nur dann ein Verschulden des Verletzten gefunden werden, wenn ihm der Nutzen des Verfahrens und daß es wahrscheinlich die Heilung erheblich fördern werde, vorgestellt oder erkennbar gewesen ist. b) Haftung für den Arzt besteht nicht. **RG.** **72** 219, JW. **10** 63, EisenbE. **26** 321, R. **10** Nr. 289. Der Verkehr fordert im Falle einer nicht ganz geringfügigen Körperverletzung das Anrufen ärztlicher Hilfe, und zwar bei einem Arzte, der durch die staatliche Prüfung seine Befähigung zu diesem Berufe dargetan hat. Abgesehen von Ausnahmefällen braucht der Verletzte die Leistungen des Arztes und die Richtigkeit seiner Anordnungen nicht nachzuprüfen, was ihm ja nur durch Zuziehung eines zweiten Sachverständigen möglich geworden wäre. Da also die ärztlichen Anordnungen nicht mehr ein Teil der vom Verletzten nach § 254 geschuldeten Erfüllungsleistung sind, haftet dieser auch nicht gemäß § 278 für den Arzt. c) Anstalts- oder Familienpflege. **RG.** SeuffA. **65** 230, R. **10** Nr. 847. Die Annahme ist nicht zu beanstanden, daß die Klägerin, bei der eine Behebung oder auch nur Besserung der Unfallsfolgen gar nicht in Frage steht, nach Lage der Sache nicht gezwungen werden kann, lediglich um die von der Beklagten ihr nach dem Gesetze zu zahlende Entschädigung herabzumindern, ihr Leben statt in ihrer Familie und ihrer eigenen Häuslichkeit in einer öffentlichen Anstalt zuzubringen.

4. Verpflichtung, Rechtsbehelfe zu ergreifen oder richterlichen Zwang auszuüben. a) Siehr. Kein mitwirkendes Verschulden des Gläubigers, wenn er es unterlassen hat, eine einstweilige Verfügung auf Grundstücksrückgabe zu erwirken (anders OLG. Königsberg ebenda). b) Siehr. Ein mitwirkendes Verschulden kann niemals darin liegen, daß der Gläubiger gegen den säumigen Schuldner nicht sogleich nach Eintritt des Leistungsverzugs richterlichen Zwang ausgeübt hat. Das alleinige Verschulden liegt auf der Seite des säumigen Schuldners, wenn er dem Gläubiger nichts weiter vorzuwerfen vermag, als Unterlassen des Zwanges zur Pflichterfüllung (anders OLG. Königsberg ebenda). c) ElsLothJZ. **10** 428 (Colmar). Ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten kann nicht ohne weiteres dann angenommen werden, wenn

er es unterläßt, gegen den ablehnenden Bescheid der Unfallversicherungsbehörde ein Rechtsmittel einzulegen, da er hierzu im allgemeinen nicht verpflichtet ist. Ein solches liegt nur dann vor, wenn der Verletzte vorsätzlich oder grobfahrlässig ein Rechtsmittel nicht einlegt (§ 839 II).

5. Verpflichtung zum Sicherungs- oder Deckungskaufe. a) **RG.** LeipzZ. 928 Nr. 17. Dem Falle, daß der Käufer, welcher Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt, sich tatsächlich die Ware rechtzeitig anderweit verschafft hat, ist der Fall gleichzustellen, daß der Käufer nach Inhalt des Schuldverhältnisses bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns sich die Ware anderweit rechtzeitig hätte beschaffen müssen. b) **RG.** JW. **10** 613 Nr. 4, SeuffA. **65** 388, HoldheimsMSchr. **10** 179, LeipzZ. **10** 631 Nr. 4, R. **10** Nr. 1714. Nur unter besonderen Umständen kann dem Käufer ein Deckungskauf angesonnen werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Käufer, nachdem er mit Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat, nicht das nachträgliche Angebot des Verkäufers, mit dem er so schlechte Erfahrungen gemacht hat, als Angebot zu einem Deckungskauf anzunehmen braucht. c) ElsLothJZ. **35** 492 (Colmar). Eine Pflicht zur Vornahme des Deckungskaufs besteht im allgemeinen nicht, sondern nur dann, wenn ein besonders hoher Schadensersatzanspruch erhoben werden soll. Treu und Glauben verlangen dagegen anderseits, daß der Verkäufer bei Fällen schwieriger Deckungsmöglichkeit auf geeignete Bezugsquellen hinweist.

6. Ungewöhnlich hoher Schaden. KGBl. **10** 92 (KG.). Als einen ungewöhnlich hohen Schaden kann man nur einen solchen bezeichnen, der von dem gewöhnlichen Schaden so sehr abweicht, daß es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Beschädigte den anderen nicht auf die Gefahr dieses Schadens aufmerksam machte. Bei einem Inserat von 125 M., das ein Jahr lang und noch länger unter Ausschluß jeder Konkurrenz fast nur von Interessenten gelesen werden sollte, kann man einen Schaden von 1000—3000 M. nicht als ungewöhnlich hoch bezeichnen.

§ 256. Aufwendungen und Schadensersatz. Vgl. hierüber unten § 670.

§ 258. R. **10** Nr. 2785 (Rostock). Dem Besitzer eines Grundstücks, mit dem ein anderer eine ihm nicht gehörige Sache zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden hat, steht gegenüber der Klage des Eigentümers der Sache auf deren Herausgabe kein Zurückbehaltungsrecht wegen des mit der Loslösung der Sache verbundenen Schadens zu.

§ 259. 1. Allgemeiner Grundsatz: Rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt. a) **RG. 74** 286, R. **10** Nr. 2349. Das BGB. hat die Voraussetzungen für die Pflicht zur Rechnungslegung nicht durch eine allgemeine Formel festgelegt. Es hat die Pflicht in zahlreichen Einzelfällen ausgesprochen (§§ 666, 675, 713 usw.). Aus diesen Einzelfällen ist der Grundsatz abzuleiten, daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt. b) Ebenso SchlHolstAnz. **10** 219 (Kiel) (durch **RG.** zu a bestätigt). Aus den im BGB. geregelten Einzelfällen (§§ 666, 675, 681 Abs. 2, 713 usw.) darf man das Prinzip ableiten, daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich eigene und fremde sind, besorgt. Wenn in der Rechtsprechung dem tantièmeberechtigten Angestellten oder einem Geschäftsverkäufer, dem Prozente vom Reingewinne zugesichert wurden, der Anspruch auf Rechnungslegung versagt wird, so steht das hiermit nicht in Widerspruch. Handelt es sich nur um ein Recht auf Gewinnanteil, so erscheint die Erwägung, daß der Bezugsberechtigte keinen Einfluß auf die Führung des Geschäfts

haben soll, geeignet, das Ergebnis zu rechtfertigen. Anders verhält es sich aber da, wo jemand nicht nur am Gewinne beteiligt ist, sondern die Verpflichtung übernommen hat, zutreffendenfalls zur Deckung eines Verlustes beizutragen. In solchen Fällen wird das Geschäft auf gemeinschaftliche Rechnung geführt und wo es gilt, entspricht es Treu und Glauben, daß der Inhaber den anderen Teil in den Stand setzt, die Rechnung nachzuprüfen.

2. Einzelfälle. a) OLG. **19** 390, R. **10** Nr. 302 (KG.). Der am Gewinn des Unternehmens beteiligte Darlehnsgeber kann vom Unternehmer Rechnungslegung verlangen. b) OLG. **20** 223, R. **10** Nr. 1543 (Dresden). Der Bauunternehmer, der zugesichert hat, der Bau werde höchstens eine gewisse Summe kosten, muß nach Ausführung des Baues Rechnung legen. c) R. **10** Nr. 3455 (Hamburg). Keine Rechnungslegungspflicht hat jemand, der entgegen einer vertraglich übernommenen Pflicht mit Dritten Geschäfte abgeschlossen hat.

§ 260. PosMSchr. **10** 37 (Königsberg). Abgesehen von den im Gesetze normierten Fällen besteht eine Auskunftspflicht nur dann, wenn einmal schon beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts die Verhältnisse so liegen, daß die Willenserklärung der Vertragschließenden nach Treu und Glauben dahin auszulegen ist: es sei die Verpflichtung zur Auskunfterteilung von ihnen gewollt, wenn ferner der Gläubiger lediglich auf Grund der verlangten Auskunft dazu befähigt wird, seine Ansprüche geltend machen zu können.

§ 262. Literatur: Citron, Unpfändbarkeit einer Alternative bei Wahlschuld, DJZ. **10** 196. — Eckstein, Die Pfändung von Wahlobligationen, SeuffBl. **10** 349. — Marcus, Steht dem Verpflichteten gegenüber den nach §§ 61 Abs. 1, 113 Abs. 1 HGB. Anspruchsberechtigten das Recht aus § 264 Abs. 2 BGB. zur Seite? R. **10** 413.

1. Wahlobligation oder facultas alternativa? a) Marcus. Es handelt sich in den genannten Fällen (§§ 61 Abs. 1, 113 Abs. 1 HGB.) um eine Wahlobligation, nicht um eine facultas alternativa. § 264 Abs. 2 ist also anwendbar, ein Grund zu dessen Ausschaltung liegt nicht vor. b) **RG.** LeipzZ. **10** 855. Nicht Wahlschuld, sondern facultas alternativa liegt vor, wenn der Beklagte für den Fall, daß er das verpfändete Schiff verkaufen würde, verpflichtet wird, aus dem Kaufpreise die Forderung der Klägerin zu begleichen, jedoch befugt sein soll, der Klägerin statt dessen eine anderweitige der früheren Hypothek gleichwertige Sicherheit zu bestellen.

2. Die Pfändbarkeit der Wahlobligation. a) Citron. Wenn eine der alternativ geschuldeten Leistungen unpfändbar ist, so ergreift diese Unpfändbarkeit die Wahlforderung im ganzen, wo sie zugunsten des Berechtigten bestimmt ist (z. B. bei Unterhaltsansprüchen), dagegen nicht, wo sie zur Hinderung des Überganges an andere, im Interesse des Drittschuldners bestimmt ist (z. B. bei höchstpersönlichen Forderungen). b) Hiergegen Eckstein, welcher die Pfändbarkeit bejaht. Die Ausübung des Wahlrechts ist aber insofern beschränkt, als sie sich nicht auf den unfpändbaren Teil der Obligation richten darf. — Gegenüber Citron weist Eckstein 351 darauf hin, daß es sich in den von Citron angeführten Fällen, wo die Zulassung der Pfändbarkeit zu Unbilligkeiten führt, um Fälle einer facultas alternativa zugunsten des Gläubigers handelt; diese können aber nicht wie Wahlobligationen behandelt werden: ist ihr primärer Inhalt unpfändbar, so ist auch die facultas alternativa nicht der Pfändung unterworfen.

§ 263. Abs. 2. SeuffBl. **10** 299, R. **10** Nr. 1496 (München). Wenn der Gläubiger einer Wahlschuld die eine Schuld zu einer Zeit wählt, als sie bereits verjährt war, so wird der Einwand der Verjährung nicht dadurch beseitigt, daß die für die andere zur Wahl stehende Schuld gesetzte Bedingung noch nicht eingetreten war. Denn infolge der Wahl ist das Schuldverhältnis so zu behandeln, als wenn dem Gläubiger von Anfang an der gewählte Anspruch allein zugestanden hätte.

§ 264. Anwendbarkeit in den Fällen von §§ 61 Abs. 1, 113 Abs. 1 HGB. Vgl. § 262 Nr. 1 a.

§ 268. Teilleistung des Dritten. — Konkurs des Schuldners. S. § 774 Ziff. 2.

§ 269. 1. Platzgeschäfte. OLG. **20** 136, HansGZ. **10** Hauptbl. 17 (Hamburg). § 269 ist analog auf Platzgeschäfte anzuwenden. Demgemäß hat der Verkäufer im Zweifel an seinem Wohn-(Geschäfts)ort besonders an seinem Lager zu leisten.

2. Vereinbarung des Erfüllungsorts (s. JDR. **8** Nr. 3, **7** Nr. 5, **6** Nr. 3, **5** Nr. 3, **4** Nr. 4, **3** Nr. 4, **2** Nr. 7, **1** Nr. 3 — vgl. ferner zu § 29 ZPO.). **a)** PosMSchr. **10** 66 (Königsberg). In dem Schweigen der Beklagten auf die von der Klägerin in den Randvermerken des Bestätigungsschreibens getroffene Bestimmung des Erfüllungsorts ist das Einverständnis mit dieser zu erblicken. Ein Vergleich mit Fakturenvermerken verbietet sich. Die Faktura, die dem Käufer nach dem Vertragsschlusse zugeht, ist im Gegensatze zu Angebots- und Bestätigungsschreiben nicht geeignet, zum Zustandekommen von Vertragsvereinbarungen beizutragen. Gerade im Gegensatze hierzu verfolgen aber Offerte und Bestätigung in erster Reihe den Zweck, die Vertragseinzelheiten zu bestimmen. **b)** HansGZ. **10** Hauptbl. 192 (Hamburg). Ausnahmsweise ist das Schweigen als Zustimmung anzusehen, wenn die Klägerin sich nicht darauf beschränkt, dem Beklagten einen Katalog zu übersenden, sondern ihn ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht hat, daß sie die auf Seite 56 ihres Katalogs enthaltenen Konditionen für maßgebend erachte, der Beklagte den Empfang dieses Schreibens und des Katalogs ausdrücklich bestätigt hat, ohne gegen die Bedingungen Widerspruch zu erheben, und die Klägerin dann in Veranlassung eines weiteren Auftrags wiederum auf die „bekannten Konditionen" verwiesen hat, ohne daß der Beklagte dagegen etwas einzuwenden gehabt hätte. Unter solchen Umständen sind auch die auf andere Gegenstände als auf Ware und Preis sich beziehenden Bestimmungen in dem Katalog, insbesondere hinsichtlich des Erfüllungsorts, maßgebend. **c)** BadRpr. **10** 39 (Karlsruhe). Keine stillschweigende Vereinbarung des Erfüllungsorts durch einseitigen Vermerk auf der Faktura. Auch dadurch, daß während einer dauernden Geschäftsverbindung fortgesetzt Fakturen mit solchen Vermerken vom Verkäufer übersendet und vom Käufer vorbehaltlos angenommen werden, wird der Erfüllungsort nicht geändert. Der Käufer ist nicht verpflichtet, bei neuen Abschlüssen den Erfüllungsort zur Sprache zu bringen, auch kann nicht angenommen werden, er habe durch die Unterlassung stillschweigend seinen Willen zu erkennen gegeben, daß er den abweichenden Erfüllungsort zur Vertragsgrundlage mache.

3. Einzelfälle (s. JDR. **8** Nr. 5, **7** Nr. 6, **6** Nr. 4, **5** Nr. 4, **4** Nr. 1, **3** Nr. 5, **2** Nr. 8, **1** Nr. 2). **a)** Erfüllungsort beim Viehwandelungsanspruche. *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 179, 180. Erfüllungsort beim Wandelungsanspruch ist der Ort, der als Erfüllungsort für die durch den Kaufvertrag begründete Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises anzusehen ist. **b)** R. **10** Nr. 3896 (Hamburg). Für die Honorarforderung des zum Verteidiger in Strafsachen bestellten Rechtsanwalts ist an sich ein besonderer Erfüllungsort und Gerichtsstand nicht begründet. **c)** Honorarzahlung an Arzt. α. OLG. **20** 136, R. **10** Nr. 1328 (KG.). Erfüllungsort für die Zahlung des Honorars an Ärzte in Privatkliniken ist nicht der Wohnsitz des Arztes. Es ist nicht richtig, daß die Patienten nach ihrer Behandlung in einer Privatklinik das Honorar regelmäßig vor dem Verlassen der Klinik zu bezahlen haben. Eine derartige Verpflichtung, die fast einer Leistung Zug um Zug gleichkäme, ist weder aus der Natur des Schuldverhältnisses, noch sonst aus den Umständen zu entnehmen. Sie besteht auch nicht als Verkehrssitte. Der Arzt ist ja auch zur Zeit

gar nicht in der Lage, die Höhe seiner Forderung zu übersehen. β. FrankfRundsch. **44** 154 (Frankfurt). Erfüllungsort für die Verpflichtung, einem auswärts wohnenden und auswärts in Anspruch genommenen Arzte für dessen ärztliche Tätigkeit Vergütung zu leisten, ist nicht der Wohnsitz des Arztes. **d)** Beim Frachtvertrage. OLG. **20** 135, R. **10** Nr. 1329 (KG.). Wenn nach dem Frachtvertrage der Frachtführer die Kohlen nach Spandau zu befördern und dort auszuladen hat und im unmittelbaren Anschlusse daran die Restfracht gezahlt erhalten soll, so ist Spandau Erfüllungsort für die Zahlung.

§ 271. 1. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung (Berlin 1910) I 143/147. Fälligkeit ist angriffsweise Ausübbarkeit eines Anspruchs oder eines Gestaltungsrechts.

2. Beweislast. Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Klagt der Kläger aus einem Vertrag auf sofortige Bewirkung einer Leistung und behauptet der Beklagte, daß eine Frist dafür vereinbart sei, so trifft den Kläger die Beweislast. Beruft sich der Kläger jedoch auf einen schriftlichen Vertrag, der keine Befristung enthält, so ist der Beklagte für die von ihm behauptete nachträgliche Befristung beweispflichtig.

3. Leistungszeit nach Treu und Glauben. OLG. **20** 137 (Darmstadt). Obwohl das BGB. eine dem § 358 HGB. entsprechende Vorschrift nicht enthält, kann auch im bürgerlichen Rechtsverkehre die Leistung nicht den ganzen Tag und die ganze Nacht über bewirkt werden. Vielmehr muß hier gemäß §§ 157, 242 aus den Umständen entnommen werden, wann eine Leistung gefordert und bewirkt werden kann. Regelmäßig wird an denjenigen Stunden des Tages zu leisten sein, an welchen Leistungen der betreffenden Art nach der Verkehrssitte gemacht zu werden pflegen. Der Käufer, welcher ein größeres Geschäft (44 Arbeiter) betreibt, ist am Sonnabend vor Ostern, wo bereits frühzeitig im Geschäfte geschlossen wird und noch zahlreiche geschäftliche Dispositionen zu treffen sind, nicht verpflichtet, den ihm nachmittags angefahrenen Hafer abzunehmen.

4. OLG. **20** 166, R. **10** Nr. 1330 (Celle). Stundung „bis alle Waren verkauft sind" bedeutet nur Gewährung einer angemessenen Frist bis zu dem regelmäßigen Zeitpunkte des Verkaufs.

§ 273. Literatur: Schwabe, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, JheringsJ. **58** 319. — Ulrichs, Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerblichen Arbeitsvertrage. Berlin 1910.

1. Allgemeines. Anwendungsgebiet (s. JDR. **8** Nr. 2, **7** Nr. 3, **6** Nr. 1, **5** Nr. 1, **4** Nr. 1, 3, **3** Nr. 1—3, **2** Nr. 1—3). **a)** Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Rechnet der Beklagte gegen die Klageforderung auf und bestreitet der Kläger die Gegenforderung, so trifft den Beklagten die Beweislast. Ging die Klage jedoch auf Zahlung eines Restkaufpreises und behauptet der Beklagte, daß vereinbarungsgemäß der Kläger eine ihm vom Beklagten geliehene Sache in Anrechnung auf den Kaufpreis behalten sollte und daß er mit dieser Gegenforderung aufrechne, so enthält dieses Vorbringen ein substantiiertes Bestreiten der Klageforderung. Die Beweislast trifft den Kläger. **b)** *Kleinrath, GruchotsBeitr. **54** 481 ff. Das Zurückbehaltungsrecht aus Abs. **1** u. 2 kann als Recht zum Besitze (§ 986 BGB.) auch bei eigenmächtiger Besitzergreifung im Besitzprozesse geltend gemacht werden, ohne daß nach § 230 BGB. Arrest oder einstweilige Verfügung erwirkt und der Nachweis erbracht zu werden braucht, daß obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen gewesen wäre. Insbesondere gilt dies von dem Zurückbehaltungsrechte des Abs. 2, der so im Falle der Beschädigung von Feldfrüchten durch Tiere ein reichsgesetzliches Recht auf Privatpfändung verleiht. **c)** *Schwabe (s. § 274, vgl. auch bei § 1213 BGB. und bei §§ 369 u. 371 HGB.). Ein Schuldner, dessen dem Gläubiger zu Erfüllungszwecken angebotene Waren oder Wertpapiere vom Gläubiger nach § 369 HGB. zurückgehalten werden, hat seinerseits das Recht, nach

§ 273 BGB. die Leistung bis zur Rückgabe der retinierten Gegenstände — bzw., soweit die Rückgabe unmöglich geworden ist, bis zur Befriedigung seiner Ersatzansprüche — zu verweigern. d) Ausschluß nach Treu und Glauben. α. RG. R. 10 Nr. 292. Bei einem außerordentlich großen Mißverhältnisse zwischen den beiderseitigen Ansprüchen ist dem Schuldner der größeren Leistung ein Zurückbehaltungsrecht nicht zuzuerkennen, zumal wenn er für seinen Anspruch noch sonst eine angemessene Deckung in Händen hat (§ 242). β. RG. JW. 10 63 Nr. 7, R. 10 Nr. 288. Hat ein Käufer in der Besorgnis, daß der Kaufvertrag von X., einem Gläubiger des Verkäufers, mit Erfolg angefochten werden könne, sich an dem Kaufpreis ein Zurückbehaltungsrecht vorbehalten, solange der Verkäufer den Gläubiger X. nicht voll befriedigt habe, und hat alsdann X. die Kaufpreisforderung wegen seiner Forderung gegen den Verkäufer pfänden und sich überweisen lassen, so kann der Käufer dem X. gegenüber sein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr geltend machen (§ 242). Denn die Gefahr, gegen die der Käufer durch das Zurückbehaltungsrecht geschützt werden wollte und sollte, ist im Falle des Durchdringens des Klägers X. mit seiner gegenwärtigen Klage, mit der er auf Grund der Pfändung und Überweisung den beklagten Käufer zur Erfüllung des Kaufvertrags zwingt, beseitigt. e) RG. 73 69, R. 10 Nr. 1245. Wer aus einem nichtigen Grundstückskaufvertrag auf Rückzahlung des Kaufpreises verklagt ist, kann allerdings wegen der Natur des Bereicherungsanspruchs oder auch gemäß § 273 die Zahlung von der Rückgabe des Grundstücks abhängig machen. Der Käufer hat jedoch bei einem Verzuge des Verkäufers gemäß § 303 das Recht, den Besitz des herauszugebenden Grundstücks einfach aufzugeben. Eine derartige Aufgabe kann in der Mitteilung des Käufers, daß er sich um die Verwaltung des Grundstücks nicht weiter kümmern und auch die weiter fällig werdenden Hypothekenzinsen nicht mehr zahlen werde, gefunden werden.

2. Innerliche Zusammengehörigkeit. Rechtliches Verhältnis (s. JDR. 8 Nr. 3, 7 Nr. 4, 6 Nr. 3, 5 Nr. 5, 4 Nr. 1 a, b, 3 Nr. 1 Abs. 1, 2 Nr. 3, 1 Nr. 1 b). a) Verhältnis von § 145 ZPO. und § 273 BGB. zueinander. RG. JW. 10 238, R. 10 Nr. 3315. Die Fragen, ob gemäß § 145 ZPO. und ob gemäß § 273 BGB. Konnexität vorliegt, sind zwar in ihren Wirkungen (§ 145 Abs. 1 u. 2 ZPO., § 274 BGB.) verschieden, die für ihre Entscheidung maßgebenden Grundbegriffe des rechtlichen Zusammenhanges und der Einheit des rechtlichen Verhältnisses haben jedoch, zumal in der erweiternden Auslegung, die die Rechtsprechung dem letzteren Begriffe gegeben hat (vgl. RG. JDR. 7 Ziff. 4 b, 8 Ziff. 3 c, Ziff. 6 a β zu § 273 BGB.) eine erhebliche Verwandtschaft miteinander. b) Konnexität bejaht. α. RG. JW. 10 10 Nr. 13, EisenbE. 26 407, WarnE. 10 8, BayRpflZ. 10 77. Die Rechte des Käufers (Eisenbahnfiskus) aus dem Kaufvertrag, insbesondere auch das Recht auf Auflassung der von ihm zur Eisenbahnanlage gekauften Parzellen, und seine Verpflichtung zum Ersatze der dem Verkäufer an seinem Restgrundstücke durch die anders als ursprünglich projektiert ausgeführte Eisenbahnanlage zugefügten Schäden stehen in einem natürlichen, gewollten einheitlichen Verhältnis, obwohl sich die Schadensersatzansprüche nicht auf den Kaufvertrag gründen. Denn die Herstellung der Eisenbahnanlage bildet das einheitliche tatsächliche Verhältnis, auf Grund dessen beide Ansprüche entstanden sind und auch nach dem Willen der Beteiligten entstehen sollten. β. SeuffA. 65 473, HansGZ. 10 Beibl. 274 (Hamburg). Wenn die Klägerin durch Arglist die Beklagte verleitet hat, die Verpflichtung der Errichtung einer Filiale zu übernehmen und sich so auf den Vertrag überhaupt oder doch wenigstens auf eine spezielle Verpflichtung einzulassen, und durch die Ausführung dieser vertraglichen Verpflichtung der Beklagten ein Schaden erwachsen ist, dann steht dieser Schaden mit der aus dem Vertrage resultierenden Kaufpreisforderung in einem derartig nahen Zusammenhange, daß die

durch Vertrag und Arglist geschaffenen Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander als Ausflüsse desselben Rechtsverhältnisses aufgefaßt werden können. c) Konnexität verneint. α. RG. R. 10 Nr. 659. Gegenüber der Klage auf Löschung formell unwirksamer Zwangshypotheken kann ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Verpflichtung, auf dem gleichen Grundstück eine Darlehnshypothek zu bestellen, nicht ausgeübt werden. Denn der Gegenanspruch hat mit dem Klaganspruch lediglich das gemein, daß sie beide denselben Vermögensgegenstand betreffen. Ein rechtlicher Zusammenhang liegt nicht vor. β. R. 10 Nr. 3716 (Braunschweig). Der Beklagte hat gegenüber dem Klaganspruch kein Zurückbehaltungsrecht wegen seines etwaigen Anspruchs auf Erstattung von Prozeßkosten. Es fehlt an der Konnexität der Ansprüche und an der Fälligkeit des Anspruchs des Beklagten. Denn zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, ist der Kostenerstattungsanspruch noch nicht einmal rechtlich begründet, geschweige denn fällig. γ. OLG. Hamburg, JDR. 8 Nr. 3 f jetzt auch SeuffA. 65 94.

3. Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bei unerlaubter Handlung. RG. JDR. 8 § 273 Nr. 4 a (wo es heißen muß: JW. 09 715 Ziff. 3) jetzt auch RG. 72 61 (65), LeipzZ. 10 75 Nr. 11.

4. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen (s. JDR. 8 Nr. 5 und § 611 Nr. III 5, 7 Nr. 5 und § 611 Nr. II 9, 6 Nr. 4, 5 Nr. 6, 4 Nr. 4, 3 Nr. 2, 2 Nr. 7, 1 Nr. 4) — vgl. auch unten § 611 Nr. III 5. Stets verneint: α. HansGZ. 10 Beibl. 238 (Hamburg). Die Frage, ob in den Fällen, in denen das Gesetz gegen bestimmte Ansprüche das Aufrechnungsrecht versagt, dennoch dem Schuldner das Recht geblieben ist, seine Leistung bis zur Gegenleistung zurückzubehalten, wird für den speziellen Fall verneint, daß es sich um eine auf gesetzlicher Vorschrift (§ 1578) beruhende Alimentenforderung handelt. Alimentenforderungen, welche nach § 850 ZPO. der Pfändung und demgemäß nach § 394 BGB. der Aufrechnung nicht unterliegen, beruhen auf einer sittlichen Pflicht, sie erneuern sich fort und fort, solange ihre Voraussetzungen, die Bedürftigkeit auf der einen und die Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite, fortdauern. Würde man ein Zurückbehaltungsrecht anerkennen, so würde man damit den Bedürftigen seines Alimentenanspruchs berauben. β. SeuffA. 65 Nr. 22, R. 10 Nr. 2786 (Jena). Gegenüber einem Unterhaltsanspruch ist die Einrede der Zurückbehaltung wegen einer Geldforderung unzulässig. Die gleichen sozialpolitischen Erwägungen, auf denen das Verbot des § 394 beruht, stehen der Zulassung der Zurückbehaltung entgegen, die bei Geldforderungen im wirtschaftlichen Erfolg auf eine Aufrechnung hinausläuft. γ. SeuffA. 65 49 (Marienwerder). Gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen kann das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden. Es würde gegen die Grundsätze der Logik verstoßen und mit dem sozialpolitischen Zwecke des Aufrechnungsverbots unvereinbar sein, wenn der Gesetzgeber das Zurückbehaltungsrecht hätte zulassen wollen. Denn er würde dadurch das Aufrechnungsverbot des § 394, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich wieder aufgehoben haben. Mögen auch Aufrechnung und Zurückbehaltung in ihren rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen noch so verschieden sein, für den Gesetzgeber mußte die wirtschaftliche Bedeutung allein maßgebend sein.

5. Einzelfälle (s. JDR. 8 Nr. 6, 7 Nr. 6, 6 Nr. 7, 5 Nr. 7, 4 Nr. 7, 3 Nr. 7, 2 Nr. 8, 1 Nr. 6). Stets verneint: a) SächsOLG. 31 76 (Dresden). Das Verlangen des Verkäufers, ihm die Untersuchung der vom Käufer beanstandeten Ware zu gestatten, kann nicht durch Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht abgelehnt werden. b) RG. R. 10 Nr. 2350. Ein Bauunternehmer, der wegen seiner Baulohnforderung eine Vormerkung auf ein Grundstück erlangt hat, auf das sich die Bauarbeiten gar nicht bezogen, hat gegenüber dem

Berichtigungsanspruche des Eigentümers kein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Baulohnforderung. **c)** R. **10** Nr. 2787 (Jena). Der Besitzdiener (Geschäftsführer einer Filiale) hat an den ihm anvertrauten Vorräten und Utensilien kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Prinzipal. **d) RG.** WarnE. **3** 149. Ein Miterbe, der etwas zum Nachlasse zurückzugewähren hat, hat wegen seiner Ansprüche aus der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten kein Zurückbehaltungsrecht; denn die Rückgewähr wird gerade zum Zwecke der Auseinandersetzung der Miterben gefordert. Voraussetzung aber für diese bilden nach den §§ 2046 ff. die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und die Erstattung der Auslagen, die etwa einzelne Miterben zu diesem Zwecke gemacht haben, dazu muß aber nötigenfalls der Nachlaß gemäß § 2046 Abs. 3 in Geld umgesetzt werden. Gerade die Befriedigung einzelner Miterben wegen solcher Ansprüche auf Erstattung von Auslagen für die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten verlangt demnach die vorgängige Herausgabe der zum Nachlasse gehörenden Vermögensstücke.

§ 274. *Schwabe, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht rc., JheringsJ. **58** 322 (vgl. auch bei §§ 273 Ziff. 1 c u. 1213 BGB. und bei §§ 369, 371 HGB.). Dadurch, daß der Gläubiger an ihm zu Erfüllungszwecken angebotenen Waren oder Wertpapieren ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht geltend macht, wird der Erfüllungsort für die Verpflichtungen seines Schuldners nicht beeinflußt.

§ 275. Literatur: Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, GruchotsBeitr. **54** 493 ff. — Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, JheringsJ. **57** 1 ff.

1. Zum Begriffe der Unmöglichkeit. Allgemeines. **a)** *Krückmann. I. Ziel und Inhalt der Arbeit ist hauptsächlich dreierlei. Ausgehend von der Behauptung Rabels (vgl. JDR. **6** Nr. 1 c), daß im Schuldverhältnisse nur ein Leistensollen, aber kein Müssen enthalten sei, wird der Nachweis dieses Müssens versucht. Da dies ohne Eingehen auf den Rechtsschutzanspruch nicht möglich ist, wird dieser auf seine Berechtigung geprüft und gegen die drei hauptsächlichsten und eigentlich gefährlichsten Einwände verteidigt. Diese sind, er könne nicht gegen den Staat zustehen, es fehle an dem klaren Verhältnisse zwischen Rechtsschutzanspruch und Privatrechtsanspruch und er lasse die Fälle unerklärt, wo ein Nichtberechtigter kraft ausdrücklicher Vorschrift der ZPO. siege, z. B. Versäumnisurteil. Zu 1: Der Anspruch steht nicht gegen den Staat, sondern gegen den Richter zu; zu 2: Rechtsschutzanspruch und Privatrechtsanspruch sind nicht dualistisch zu trennen, sondern schlechthin identisch. Jedes Privatrecht ist notwendig öffentliches Recht, wie es überhaupt nur öffentliches Recht gibt. Die ältere monistisch-zivilistische Auffassung ist noch immer richtig, wenn man nur das Zivilrecht selber als öffentliches Recht versteht. Jedenfalls ist haltbar nur eine monistische Auffassung, keinenfalls eine der vielen dualistischen Theorien, welcher Art sie auch seien. Zu 3: Diese Fälle erklären sich durch den Rechtsscheinschutzanspruch, der ebenfalls konkreter Natur ist. Rechtsschein aber ist Rechtsbesitz, und nur am Rechtsbesitze wird das Recht erkannt; Besitz oder besitzartige Tatsachen — das Wort Besitz im weitesten Sinne genommen — sind die einzigen Erkenntnismittel für das Recht. Rechtsschutz ist Rechtsbesitzschutz. Verf. leugnet jetzt auch die Berechtigung des Sachbesitzes als dogmatischen Begriffs und erkennt nur noch Rechtsbesitz an, ordnet die Tatsachen des bisherigen Sachbesitzes dem Rechtsbesitz als Erscheinungsfälle des Eigentumsbesitzes unter. II. Im einzelnen: Im Widerspruche zu Rabels Lehre, der in der Forderung nur ein Leistensollen, nicht ein Leistenmüssen erblickt, infolgedessen die logische Unmöglichkeit einer auf eine unmögliche Leistung gerichteten Forderung bezweifelt, will die Abhandlung nachweisen, daß das Wesen der Forderung im Müssen besteht, die Norm des § 306 durch zwingende Logik geboten ist. Zu diesem Zwecke werden folgende Fragen behandelt: Leistensollen ist juristisch ohne jede Bedeutung, nach-

gewiesen an den angeblichen Fällen der Naturalobligation, deren Bedeutung nur in einem titulus adquirendi für den „Berechtigten" besteht (1—25). Alle Verpflichtung ist ein Müssen, ein Haften, dieses aber führt mit Notwendigkeit zum Rechtsschutzanspruche (25—30). Der Rechtsschutzanspruch ist ein Anspruch gegen den Richter, nicht gegen den Staat, nachgewiesen unter Anwendung der qualitativen Teilung auf das öffentliche Recht (31—54). Neben dem Rechtsschutzanspruche gibt es keinen davon gesonderten Privatrechtsanspruch, wie überhaupt öffentliches und Privatrecht anders geschieden werden müssen als bisher. Die Scheidung nach Überordnung und Unterordnung ist zu ersetzen durch die grundsätzlich freie Zugänglichkeit aller öffentlich-rechtlichen Verhältnisse im Gegensatze zu den privatrechtlich öffentlich-rechtlichen. Die Durchsetzungsformen sind nicht maßgebend (55—64). Folge: Eine unvermittelte privatrechtliche Beziehung der Parteien zueinander außerhalb des Rechtsschutzanspruchs ist nicht denkbar (64—91). Der Rechtsschutzanspruch ist nicht prozessual (91—96). Es gibt außerdem noch einen Rechtsscheinschutzanspruch außerprozessualer Art (Nachweise 109—153), dem ein innerprozessualer Rechtsscheinschutzanspruch entspricht (156—189). Dieser letztere erklärt die umstrittenen Fälle, die gegen den konkreten Rechtsschutzanspruch angeführt werden, Verurteilung trotz Nichtberechtigung des Klägers. Der Beklagte hat keinen konkreten Rechtsschutzanspruch, wohl aber der Schuldner, dem eine Einrede zusteht (189—210). **b)** *Voer. Auch bei den Schuldverhältnissen, die den Schuldner nicht zur Herbeiführung eines Erfolges, sondern nur zu einer subjektiven Bemühung in Richtung auf einen Erfolg verpflichten, ist die Leistung unmöglich, wenn die Erreichung des Erfolges unmöglich ist. **c)** Unzulässigkeit der Einrede der Unmöglichkeit der Erfüllung dinglichen Ansprüchen gegenüber, mit denen die Beseitigung des das Eigentum oder das Recht an fremder Sache beeinträchtigenden tatsächlichen Zustandes verlangt wird. S. hierüber o. zu § 251 Nr. 1 b.

2. Objektive oder subjektive Unmöglichkeit? SchlHolstAnz. **10** 314 (Kiel). Nicht objektive, sondern subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, bestimmte Gegenstände gegen Feuersgefahr zu versichern, liegt vor, wenn der Abschluß des Versicherungsvertrags nur zu ungewöhnlich hohen Prämiensätzen möglich ist.

3. Unvermögen. **a)** Bloße Leistungserschwerung ist kein befreiendes Unvermögen. **RG.** LeipzZ. **10** 770. Bloße Leistungserschwerung namentlich, insofern sie in der Notwendigkeit, ungewöhnlich hohe Geldopfer aufwenden zu müssen, besteht, genügt zur Gleichstellung mit der Unmöglichkeit nicht. Nur solche Umstände kommen als Grund einer subjektiven Leistungsunmöglichkeit in Betracht, denen zufolge die Leistung nur unter Aufopferung oder außergewöhnlicher Gefährdung eines im Sinne der Rechtsordnung gegenüber dem Gläubigerinteresse höher zu bewertenden Schuldnerinteresses bewertet werden kann. **b)** Zahlungsunfähigkeit ist kein befreiendes Unvermögen. HansGZ. **10** Beibl. 154, R. **10** Nr. 1715 (Hamburg). Wer sich vertraglich zur Erfüllung einer Leistung anheischig macht, übernimmt damit stillschweigend eine Garantie dafür, daß sein Vermögen hinreicht, um die versprochene Leistung zu erfüllen. Der Schuldner kann sich also nicht mit unverschuldetem Mangel an Zahlungsmitteln, um die Hypothekengläubiger zu befriedigen, entschuldigen. **c)** **RG.** LeipzZ. **10** 141. An sich wird durch anderweitige Veräußerung des gekauften Gegenstandes die Erfüllungsunmöglichkeit des Beklagten noch nicht festgestellt, wenn sie auch als sehr wahrscheinlich angenommen werden kann. Sie ist jedoch ohne weiteres anzunehmen, da der Beklagte im Verlaufe des Rechtsstreits niemals behauptet hatte, er wolle und könne noch erfüllen. **d)** HansGZ. **10** Beibl. 61 (Hamburg). Unmöglichkeit liegt vor, wenn infolge Einsturz des Rohbaues das Gebäude nicht gebaut

werden kann. Da weder Besteller noch Unternehmer in den seit dem Einsturze verflossenen fünf Jahren an einen Wiederaufbau gedacht haben, kommt die Möglichkeit des Wiederaufbaues nicht in Betracht. e) RG. R. **10** Nr. 3459. Wer die Lieferung des Materials für ein Unternehmen zusichert, kann sich nicht auf Unmöglichkeit berufen, selbst wenn beide Vertragsteile beim Abschlusse davon ausgegangen sind, das im Besitze des Schuldners befindliche Material werde ausreichen.

§ 276. Literatur: Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit. Wien 1910. — Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910. — Klein, SeuffBl. **10** 318. — Kohlrausch, Die Schuld (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung), aus: „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs", herausgegeben von Aschrott und von Liszt (Berlin 1910) 179 ff. — Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse. Berlin 1910. — Rümelin, Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909.

1. Der Begriff der Schuld. Allgemeines. a) Rümelin. Schuld ist meist, aber nicht immer Willensschuld. Verschulden ist die Abweichung des zurechnungsfähigen Menschen von einem für sein Verhalten vorausgesetzten Normaltypus. Die strafrechtliche Schuld ist entweder Vorsatz, wenn der Täter sich bewußt war, den gesetzwidrigen Tatbestand zu verwirklichen, und die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit entweder vorhanden oder zu erwarten war. Sie ist fahrlässige Schuld, wenn der gesetzlich fixierte Tatbestand unter Kennenmüssen der Pflichtwidrigkeit unwissentlich erfüllt wurde, der Täter jedoch die an sich gebotene Überlegung und Aufmerksamkeit nicht walten ließ, ohne durch besondere, von seinem Willen unabhängige Umstände daran verhindert zu sein. — Der zivilrechtliche Schuldbegriff ist nicht einheitlich, sondern zerfällt in verschiedene Arten des Verschuldens. Im Familienrecht ist die Schuld Willensschuld (so z. B. sittliches Verschulden bei der Ehescheidung), im Verkehrsrechte (Schadensersatzrecht) ist der Vorwurf schuldhaften Verhaltens nicht auf Willensfehler beschränkt: mangelnde Kenntnis und Begabung entschuldigen nicht; dies gilt insbesondere für die Fahrlässigkeit. b) Kohlrausch. I. Die psychologische Natur der Schuld. Das Wesen der Schuld liegt in der pflichtwidrigen Willensbetätigung. Alle Schuld ist Willensschuld. Jedem Willensakte sind Vorstellungselemente wesentlich, es gibt kein inhaltloses Wollen. Schuldhaft ist die Willensbetätigung, wenn sich im Komplexe der Vorstellungen solche befinden, deren Herbeiführung verboten ist. Die Kontroverse der Willens- und der Vorstellungstheorie trifft im Grunde eine (strafrechtlich) gleichgültige Frage, nämlich, ob alle einzelnen Bestandteile eines gewollten Erfolges ebenfalls gewollt genannt werden dürfen. Das ist im eigentlichen Sinne eine sprachliche Frage. — II. Die Schuldformen. Was man Vorsatz und Fahrlässigkeit nennt, sind nicht verschiedene Schuldformen, sondern schuldhafte Übertretungen verschiedenartiger Normen. „Es gibt nur eine Schuldform, die identisch mit dem ist, was man Vorsatz nennt, woraus es sich erklärt, daß über der Erörterung des „Vorsatzes" die Schuld meist vergessen und die „Fahrlässigkeit" als ein Anhängsel behandelt wird, mit dem man nichts anzufangen weiß. Das Wesen jener einen „Schuld" liegt darin, daß gewollt und gehandelt wird unter der Vorstellung des verbotenen Erfolges. Verboten ist aber häufig bereits die Gefährdung. Insofern gibt es zwar nicht verschiedene Schuldformen, aber verschiedene Normen. Diese treten aber in der Ausdrucksweise der heute üblichen Doktrin und Gesetzgebung in der Maske verschiedener Schuldformen auf" (197). „Zum Vorsatz — der herrschenden Terminologie — gehört das Wollen oder das Bewußtsein der Verletzung, zur Fahrlässigkeit das Wollen oder das Bewußtsein der Gefährdung des geschützten Rechtsguts;. c) *Exner. „Schuld" im Zivilrecht und „Schuld" im Strafrechte sind verschiedenerlei. Kriminelle Schuld bedeutet eine Beziehung des Handelnden zum Erfolge seines Tuns, welche den Urheber so kennzeichnet, daß ihm der Schaden nach seiner Art und Größe zum

Vorwurfe gemacht werden kann. Schuld im Zivilrechte dagegen bedeutet schlechthin ein normwidriges Verhalten, dem ein Schaden entspringt, mag auch eine weitere subjektive Beziehung zu diesem Schaden nicht vorliegen. Diese Differenz wird praktisch bedeutsam bei der Fahrlässigkeit, s. u. Nr. 3 c.

2. Vorsatz. Grundsätzliches. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Irrtum. Dolus eventualis (s. JDR. **8** Nr. 4, **7** Nr. 2, **6** Nr. 2, **5** Nr. 1, **4** Nr. 2, **3** Nr. 1, **2** Nr. 2). a) Vorstellungs- oder Willenstheorie. Henle. Vorsätzlich handelt, wer den Erfolg abgerechnet hat. Abgerechnet sind: 1. die erstrebten Erfolge: a) der Zweckerfolg, b) die Mittelerfolge; 2. von den nichterstrebten Erfolgen: a) die als notwendig vorgestellten Erfolge, b) von den als möglich vorgestellten Erfolgen diejenigen, die der Handelnde nicht wieder aus seiner Berechnung ausgeschieden hat (174 f.). **b)** Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. α. Rümelin. Zum strafrechtlichen Vorsatze gehört nach geltendem Rechte neben dem Wissen von der sicheren oder möglichen Verwirklichung des Tatbestandes ein Wissenmüssen des Täters, daß er gegen positives oder gegen richtiges Recht (d. h. gegen die Anschauungen der Zeit über das im äußeren Zusammenleben der Menschen gebotene Verhalten) verstoße (26). Der zivilrechtliche Vorsatz muß in den Fällen des § 823 Abs. 1 und 2 auf Verletzung eines bestimmten Rechtes oder Rechtsguts oder auf Verletzung eines Schutzgesetzes gerichtet sein. Bei den Rechtsgütern des Abs. 1 ist die Kenntnis, daß eine Verletzung derselben an und für sich rechtswidrig ist, immer vorhanden. Hinsichtlich des § 826 ist bestimmte Kenntnis der herrschenden Anschauung über das, was die gute Sitte verlangt, nicht erforderlich. Ob man das Erfordernis des Kennenmüssens der Sittenwidrigkeit aufstellt, ist praktisch ohne Bedeutung. Denn jedenfalls darf kein subjektiver Maßstab angelegt werden, und sobald man vom objektiven ausgeht, ist das Kennenmüssen immer vorhanden; der Ausländer, der bei uns lebt, soll wissen, was bei uns die guten Sitten verlangen (38—40). β. Kohlrausch 214 ff. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist in folgendem Sinne nötig: Wer die Schädlichkeit der Tat kennt und zurechnungsfähig ist, weiß, daß er sie nicht begehen darf, handelt also schuldhaft, auch wenn er das Rechtsverbot nicht kennt. Wer das Verbotensein der Tat kennt, handelt schuldhaft, auch wenn er ihre Schädlichkeit nicht kennt (217). γ. **RG.** JDR. **8** § 276 Nr. 4 c jetzt auch **RG. 72** 4, SeuffA. **65** 218. c) Irrtum. **RG. 73** 333 (337), JW. **10** 705 Nr. 4, R. **10** Nr. 2363. Ein Rechtsirrtum des gemäß § 823 widerrechtlich Handelnden kann die Annahme eines Verschuldens ausschließen, wenn der Irrtum entschuldbar ist. Dies ist nur der Fall, wenn der Verletzende bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte, seine beschädigende Handlung sei erlaubt. d) Dolus eventualis. α. Kohlrausch schließt sich zwar (198 ff.) der herrschenden Formel an (Bewußtsein von der Wahrscheinlichkeit des Erfolges und Einverständins mit dem Erfolge), kann aber theoretisch den dolus eventualis nicht für eine Unterart des Vorsatzes halten, da das tertium comparationis ein der Schuld (Vorsatz) fremder Begriff, der der Gefährlichkeit ist. Der dolus eventualis ist nur mit kriminalpolitischen Erwägungen zu rechtfertigen. Die Bestimmung des § 59 Abs. 2 des Vorentwurfes zum StGB. enthält eine stark zu bekämpfende Schuldpräsumtion, da sie das Erfordernis des Einverständnisses des Täters mit dem Erfolge nicht aufstellt. β. **RG.** WarnE. **3** 426. Der Begriff des Eventualdolus ist auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechtes kein anderer als auf dem des Strafrechts. Erforderlich ist das Bewußtsein, daß die Handlung oder Unterlassung den schädlichen Erfolg haben werde (**RG. 57** 339). Es genügt demnach nicht das Bewußtsein, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben könne, sondern es muß dieser Erfolg, der als möglich vorausgesetzt wird, für den Fall seines

Eintritts auch von dem Willen des Handelnden umfaßt sein. Das ist genau der Begriff, wie ihn die Rechtsprechung der Straffenate des RG. ständig festgehalten hat (vgl. z. B. **RG.** [Straff.] **16** 365; **25** 7; insbesondere **33** 5). e) Ausschluß der Haftung nach Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **10** 927 Nr. 14, R. **10** Nr. 3456. Die getroffene Vereinbarung, die Angabe über die Umsatzverhältnisse sollte nicht als kausal angesehen werden, enthält, für den Fall dies gleichwohl der Fall gewesen sein sollte, den Verzicht auf ein für die Einrede der Arglist wesentliches Tatbestandsmoment, somit einen nach § 276 unwirksamen Verzicht auf die Einrede selbst.

3. Fahrlässigkeit. Grundsätzliches (die früheren Jahrgänge des JDR. s. oben Nr. 2, ferner JDR. **8** Nr. 5, **7** Nr. 3, **6** Nr. 4, **5** Nr. 2, **4** Nr. 3, **3** Nr. 2, **2** Nr. 3 ff.). a) Rümelin. I. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfordert die (vom Willen unabhängige) Anspannung der Geisteskräfte (Aufmerksamkeit und Umsicht), die richtige Wertung erkannter Gefahren, die erforderlichen geistigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten. II. Der anzuwendende Maßstab hat nicht von einem Normaltypus auszugehen, sondern die Verschiedenheit der Situationen und Menschen zu berücksichtigen. 1. Typische Situationen erfordern typisches Verhalten, z. B. bei den Berufstätigkeiten und bei gefährdenden Tätigkeiten. 2. Im Vertragsrecht entscheiden primär die Vereinbarung und Treu und Glauben, subsidiär die Verkehrssorgfalt. 3. Im allgemeinen Verkehr ist, wo nicht bestimmte Verhaltensregeln in gewissen Situationen (z. B. Straßenverkehr) ausgebildet sind, einerseits das konkrete Wissen des Täters zum Ausgangspunkte zu nehmen, andererseits bezüglich der Würdigung der erkannten Gefahr lediglich die Verkehrsanschauung maßgebend. Hinsichtlich der an die Einsicht zu stellenden Anforderungen überwiegt die Mittellinie zwischen generalisierender und individualisierender Betrachtungsweise. Abstufung nach Typen, wobei in erster Linie Alter und Bildungsstand zu berücksichtigen sind. III. Danach ist Fahrlässigkeit Abweichung von einem in den einzelnen Situationen verschieden bestimmten Normalmaße. Dieser Begriff gilt auch für die Fälle der §§ 254, 932; 460, 539, 121 Abs. 1. **b**) Kohlrausch 208 ff. 1. Die Fahrlässigkeit ist keine Schuldform, sondern, wie die durch den schweren Erfolg qualifizierten Delikte, ein delictum sui generis. Doch ist nach Kohlrausch selbst praktisch zur Zeit eine solche Behandlung der Fahrlässigkeit nicht durchzusetzen. 2. Richtig ist allein der objektive Maßstab, auch für das Strafrecht. „Will man die Fahrlässigkeit überhaupt bestrafen, so ist ihre objektive Messung notwendig, die subjektive aber eine folgewidrige Milde". **c**) *Exner (vgl. hierzu über Schuld im allgemeinen oben Nr. 1 c). Für die kriminelle Kulpa gilt ein subjektiver Maßstab, für die zivilrechtliche nicht. Es ist irrelevant, ob der Handelnde nach seinen geistigen Kräften imstande gewesen wäre, den Schadenseintritt vorherzusehen; jedermann ist für unternormales Können und Wissen verantwortlich. Dagegen kommen die zwei Kulpabegriffe darin überein, daß sie beide ein normwidriges Verhalten in objektivem Sinne voraussetzen: die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist außer Acht gelassen. Welchen Sorgfaltsgrad dies in concreto bedeutet, muß nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden, wobei insbesondere in Rechnung zu ziehen ist: die Größe der Verletzungsmöglichkeit, die Größe der möglichen Verletzung sowie auch der Zweck der Handlung (viele Handlungen sind trotz ihrer bekannten Gefährlichkeit gestattet). Zur richtigen Abwägung dieser Faktoren muß ein Maßstab aufgestellt werden, der dem Durchschnitt erreichbar, wenn auch nicht vom Durchschnitt erreicht ist; und zwar ist als allgemeines Prinzip anzusehen: Es wird von jedermann gefordert das Minimum von Vorsicht, bei dessen durchschnittlicher Einhaltung im betreffenden Berufs- und Gesellschaftskreise die Interessen der Gesellschaft noch bestehen können. **d**) **RG.** R. **10** Nr. 662. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt deckt sich in der Regel mit der im Ver-

kehr üblichen, sofern die Übung den in dem betreffenden Verkehrskreise gesammelten Erfahrungen entspricht und sich praktisch als eine normalerweise den Anforderungen der Verkehrssicherheit genügende bewährt hat, niemals aber kann eine Übung maßgebend sein, die in Wahrheit eine Unsitte, einen Schlendrian darstellt. e) **RG.** R. **10** Nr. 3897 (s. a. o. zu § 254 Ziff. II 1 δ bei b). Für den normalen Menschen bedeutet es kein Verschulden, wenn er angesichts einer großen und plötzlich eintretenden Gefahr (Fuhrmann zwischen den Bahnschranken) in Bestürzung gerät und vor allem an die Rettung des eigenen Lebens denkt. **f)** Maßstab bei Kindern. **RG.** JW. **10** 37, GruchotsBeitr. **54** 619, EisenbE. **26** 313, DJZ. **10** 79, WarnE. **10** 18. Auch bei den über 7 Jahre alten jugendlichen Personen ist der allgemeine objektive Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt anzulegen, auf ihr jugendliches Alter aber bei der Abwägung des Schadensersatzes gemäß § 254 Rücksicht zu nehmen. Vgl. § 254 Nr. II 1 b ϑ.

4. Haftung für Erfüllung. Culpa in contrahendo (s. JDR. **8** Nr. 6, **7** Nr. 4, **6** Nr. 5, **5** Nr. 3, **4** Nr. 4, **3** Nr. 3, **2** Nr. 6, **1** Nr. 3). a) Der allgemeine Rechtssatz des § 276. (Vgl. auch unten c.) Klein, SeuffBl. **10** 318, verteidigt den Satz, daß § 276 Abs. 1 Satz 1 nicht nur Definition, sondern Grundnorm der Verschuldungshaftung ist. Die Bestimmung ist bezüglich der Rechtsfolge allerdings eine unvollständige Norm, wächst sich aber mit den zur Ergänzung heranzuziehenden Spezialbestimmungen des BGB. zu der allgemeinen Norm aus: „Verhält sich der Schuldner vertragswidrig, so haftet er für den aus dieser Pflichtverletzung dem Gläubiger entstehenden Schaden" (Brecht, JheringsJ. **52** 131). **b)** Haftung für culpa in contrahendo (s. JDR. **8** Nr. 6 a β) bejaht von: α. Leonhard. Er verficht den Satz, daß der Verkäufer und überhaupt jede Partei, die am Geschäft interessiert ist, auch für Fahrlässigkeit beim Geschäftsabschlusse haftet, in gleicher Weise, wie für Fahrlässigkeit bei der Erfüllung. β. Ebenso Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung, JheringsJ. **58** 146 ff. — vgl. o. zu §§ 241 ff. Nr. 1 f. — bejaht die Haftung für culpa in contrahendo in dem Sinne Leonhards. γ. Verneint von *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs. Eine allgemeine Vertragshaftung des Schuldners für Verschulden beim Vertragsschluß ist nicht anzuerkennen (166). δ. **RG.** JW. **10** 748 Nr. 5, LeipzZ. **10** 857, WarnE. **3** 280, R. **10** Nr. 2789. Ein Verschulden desjenigen, der noch nicht Schuldner ist, kann seine Haftung aus § 276 nicht begründen. (Wenn bei Zusendung des Apparats bereits ein bedingter Spezieskauf, abhängig von der aufschiebenden Bedingung der Billigung des Käufers, abgeschlossen war, so ist der Verkäufer für den mangelhaften Apparat haftbar, sofern ihm die Pflicht zur Prüfung in dieser Beziehung oblag; hierüber vgl. unten Nr. 5 c α. Wenn aber das Schuldverhältnis erst durch die Billigung eines der beiden zugesandten Apparate begründet wurde, so haftet der Absender für den beim Probieren erlittenen Unfall des Empfängers nicht.) ε. KGBl. **10** 117 (KG.). Der Anwalt, welcher mit der Führung eines Prozesses beauftragt wird, haftet nicht für das Unterlassen des Hinweises auf dessen Aussichtslosigkeit. Denn Schuldner im Sinne des § 276 wird der Anwalt erst durch die Annahme des Auftrags. Vgl. u. § 611 Nr. IV 2 c. Ebenso ζ. **RG.** LeipzZ. **10** 80. Eine Haftung wegen culpa in contrahendo kann nur aus dem Gesichtspunkte der Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung in Betracht kommen. **c)** Die positiven Vertragsverletzungen insbesondere s. unten zu § 326 Nr. 3 und 4 (s. JDR. **8** § 276 Nr. 6 b, **7** Nr. 4 c, **6** Nr. 5 b, **5** Nr. 3 b, **4** Nr. 4 a, **3** Nr. 3 b, **2** Nr. 6 b γ). a. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (4. u. 5.). Erster Band, zweite Abteilung. Marburg 1910. Das Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus) 139 ff. § 278. Durch Analogieschlüsse einerseits aus

§§ 280 und 286, andererseits aus §§ 325 und 326 ist der unvollständige Rechtssatz des § 276 dahin zu ergänzen, daß wegen einer weder Unmöglichkeit noch Verzug bewirkenden (sog. positiven) Forderungsverletzung, die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, der Gläubiger in jedem Falle Ersatz des durch die Verletzung der Forderung entstandenen Schadens verlangen kann; bei gegenseitigen Schuldverhältnissen kann der Gläubiger, wenn die Erfüllung des Vertrags infolge der Verletzung kein Interesse mehr für ihn hat, oder wenn ihm deren Annahme aus anderen Gründen nicht mehr zugemutet werden kann, wahlweise entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. b) *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 160—164. Der allgemeine Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter mangelhafter Leistung ist ein reiner Vertragserfüllungsanspruch. Er kann aus § 276 nicht hergeleitet werden, sondern findet darin seine Begründung, daß der Verkäufer, der dem Käufer durch schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflicht Schaden zufügt, auch ohne besonderen Ausspruch des Gesetzes schon unter dem Gesichtspunkte der Vertragserfüllung verpflichtet erscheint, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er seine Vertragspflicht ordnungsgemäß erfüllt hätte (§§ 433 Abs. 1 Satz 1, 242, 276, 249 BGB.). — Ob die Leistung des Verkäufers eine mangelhafte Vertragserfüllung darstellt, entscheidet die Sachlage des Einzelfalls. Die Richtlinien gibt § 242, die Schuldfrage bestimmt sich nach § 276.

5. Einzelfälle (s. JDR. **8** Nr. 8, **7** Nr. 7, **6** Nr. 6, **5** Nr. 5, **4** Nr. 6, **3** Nr. 4, **2** Nr. 7). a) Haftung des Gastwirts. α. **RG.** JW. **10** 281 Nr. 8, LeipzZ. **10** 291 Nr. 12, R. **10** Nr. 1335. Der Gastwirt haftet für Unfälle, die durch ordnungswidrigen Zustand der Gefäße verursacht sind, in denen er seinen Gästen die von ihnen gekauften Getränke verabfolgt, gemäß § 276 (vgl. **RG. 65** 11). Er hat die Gläser, welche er seinen Gästen vorsetzt, auf ihre Unversehrtheit hin zu prüfen, um etwaigen Verletzungen vorzubeugen. β. **RG.** Naumburg AK. **10** 89. Schuldhaftes Verhalten des Gastwirts und Haftung den Gästen gegenüber, da der Vorraum des Pissoirs unbeleuchtet und die in demselben befindliche Kellertür unverschlossen war. Der Wirt hatte eine anderweite, die Sicherheit des Zuganges zum Pissoir gewährleistende Einrichtung zu treffen. Er hatte den Vorraum zu beleuchten und die Pissoirtür mit entsprechendem Hinweise zu versehen und für ständigen Verschluß der Kellertür zu sorgen. Ebenso γ. HessRspr. **10** 161 (Darmstadt) bejaht das Verschulden eines Gastwirts, der in dem Hausflur, welcher anläßlich eines Turnfestes stark begangen wurde und namentlich auch als Zugang zu den Aborten dient, in der Nähe dieser eine Tür in nicht sicher verwahrtem Zustande ließ, durch deren Benutzung bei der herrschenden Dunkelheit die Möglichkeit eines Sturzes in den tiefen Kellerraum drohte. δ. **RG.** JW. **10** 281 Nr. 7, R. **10** Nr. 1334. Auf die Unsitte, daß Gäste auf dem Wege zum Aborte zu urinieren pflegen, braucht der Gastwirt keine Rücksicht zu nehmen, um so weniger, wenn er dies wiederholt verboten hat. Es liegt ihm nicht ob, das Verbot jeden Abend zu erneuern oder eine beständige Kontrolle zu üben (keine Haftung also, wenn hierdurch Glatteis entsteht). ε. **RG.** JW. **10** 281 Nr. 7, R. **10** Nr. 1333. Wenn das gesamte Wirtschaftswasser über den Hof getragen und hierbei häufig verschüttet wird, so ist dem Gastwirt ein Vorwurf daraus zu machen, daß er dieses Verschütten von Wasser auf dem Zugangswege zum Aborte duldete und die dadurch bei Frost entstehende Gefahr nicht durch Streuen mit abstumpfendem Mater ale beseitigte. ζ. **RG.** JW. **10** 282 Nr. 9. Keine Fahrlässigkeit des Gastwirts beim Unfall eines Angestellten auf einer noch nicht gereinigten Küchentreppe. Die Säuberung der Treppe durfte, obwohl der Verkehr auf ihr stets schon am frühen Morgen beginnt, bis nach Erledigung der dringenden Morgenarbeiten ausgesetzt

bleiben und erst in der sachgemäßen Reihenfolge der Küchengeschäfte erfolgen. Diese Übung ist — auch bei den anderen Haustreppen — kein Mißbrauch, sondern notwendig und allgemein bekannt. Wenn im vorliegenden Falle wegen dringender, vom Küchenpersonale zu besorgender Küchengeschäfte die Säuberung der Treppe länger als gewöhnlich anstand, so durfte der Gastwirt darauf rechnen, daß das Küchenpersonal, welches gewohnt war, die Treppe auch in ungesäubertem Zustande zu benutzen, dessen gewahr werde und nötigenfalls erhöhte Vorsicht anwende. η. **RG.** R. **10** Nr. 1500. Wenn der Konditor, der in einem Raume zwischen dem Laden und dem Hausflur eine Kaffeewirtschaft betreibt, noch nach 9 Uhr abends mit dem, wenn auch nur spärlichen, Besuche seiner Wirtschaft rechnen muß, und wenn für diese Gäste nur der Zugang durch den Hausflur zu dem Wirtschaftsraume gegeben ist, so ist es seine Pflicht, diesen Zugang verkehrssicher zu erhalten und in der Dunkelheit zu beleuchten. **b)** Haftung des Hauswirts (§ 831). Prüfungspflicht. **RG.** JW. **10** 747. Die erforderliche Sorgfalt erheischt keineswegs unter allen Umständen von dem Besteller (der einen Werkvertrag zur Ausbesserung der Hausdächer mit einem selbständigen Handwerker abgeschlossen hat und für Unfälle dritter Personen nicht gemäß § 831, sondern nur gemäß § 823 haften kann), daß er die Qualifikation des Handwerksmeisters oder Fachmanns zuvor einer besonderen Prüfung unterziehe. **c)** Haftung des Verkäufers. α. **RG.** JW. **10** 748 Nr. 5, LeipzZ. **10** 857, WarnE. **3** 280, R. **10** Nr. 2789. Der Verkäufer eines individuell bestimmten Apparats handelt nicht fahrlässig, weil er vor der Ablieferung die Art der Verwendung des Apparats nicht näher geprüft hat. Eine solche Prüfungspflicht liegt ihm weder als Verkäufer, noch weil er zugleich Sachverständiger ist, ob, zumal er den Apparat nicht selbst angefertigt hat. Anders, wenn er dem Käufer gegenüber zur Erteilung seines sachverständigen Rates auf Grund einer besonderen Übernahme oder infolge einer dahingehenden Verkehrssitte verpflichtet wäre. Vgl. hierzu o. Nr. 4 b δ. β. **RG. 73** 347, LeipzZ. **10** 683, WarnE. **10** 257, R. **10** Nr. 2484. Ein Verkäufer, der von einer Stadtgemeinde als Käuferin zur Begleichung seiner Kaufpreisforderungen Zahlungsanweisungen auf die Gemeindekasse nebst beigedruckten Quittungsentwürfen erhalten und angenommen hat, ist der Käuferin gegenüber behufs Verhütung eines Mißbrauchs (Fälschung) dieser Schriftstücke durch einen Unbefugten zu deren sorgfältigen Aufbewahrung verpflichtet und event. schadensersatzpflichtig. **d)** Haftung des Leiters einer Irrenheilanstalt. **RG.** JW. **10** 574 Nr. 6, WarnE. **3** 206, SächsRpflA. **10** 265, R. **10** Nr. 1921. Der Leiter einer Irrenheilanstalt handelt schuldhaft, wenn er den einem eingebrachten Kranken abgenommenen Geldschrankschlüssel ohne weiteres der Ehefrau des Kranken aushändigt. Er darf die dem Kranken abgenommenen Sachen anderen Personen, insbesondere der Ehefrau, nur nach gewissenhafter Prüfung der Sachlage herausgeben. Die Herausgabe des Geldschrankschlüssels kann die Ehefrau nur kraft ihrer Schlüsselgewalt oder aus besonderen Gründen verlangen. Vgl. §§ 677 Ziff. III 2, 688 Ziff. 2. **e)** **RG.** SchlHolst. Anz. **10** 268. Über das Maß der von dem Veranstalter eines Feuerwerkes zu beobachtenden Sorgfalt. **f)** Haftung auf einer Hühnerjagd. **RG.** JW. **10** 331 Nr. 5, R. **10** Nr. 2170. Die Tatsache, daß bei einer Hühnerjagd der Beklagte zwei Schritte von seinem Nachbarn das Gewehr 30 bis 40 cm ab von dessen Ohre abgefeuert hat, ergibt nicht, daß der Beklagte fahrlässig geschossen hat. Da der Nachbar (Kläger) behauptet hat, er habe zwar von seinem Nebenschützen 15 m Abstand halten wollen, sei aber nur auf die Aufforderung des Beklagten zwei Schritte rechts neben ihm gegangen, so kommt es darauf an, welche Partei dann der anderen bei Abgabe des Schusses bis auf zwei Schritte nahegerückt war, in welcher Weise, insbesondere ob fahrlässig (§ 254). **g)** Haftung des

Bankiers. α. Für Ratserteilung s. § 676 Nr. II. β. Für Gutbringung. **RG.** R. **10** Nr. 2489. Eine Bank, bei der für eine Firma Gelder eingezahlt sind, handelt fahrlässig, wenn sie auf die Anweisung eines für die Firma Handelnden die Gelder einem Dritten gutbringt, ohne zu prüfen, ob der Anweisende zur Vertretung der Firma legitimiert ist. **h)** Haftung im Giroverkehre. α. HansGZ. **10** Hauptbl. 61, BankA. **9** 203, R. **10** Nr. 1327 Ziff. 3 (Hamburg). Gibt der Girokunde das Heft mit den Scheckformularen zur Ausfüllung seinen Angestellten, so handelt er fahrlässig, wenn er nach Rückgabe des Heftes die Prüfung unterläßt, ob die von ihm unterzeichneten Schecks mit den aus dem Hefte entnommenen übereinstimmen. Ebenso verstößt der Girokunde gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er es unterläßt, die von der Bank geführten Kontogegenbücher regelmäßig in kleineren Zwischenräumen, etwa wöchentlich, auf ihre Richtigkeit zu kontrollieren. β. HansGZ. **10** Hauptbl. 61, BankA. **9** 203, R. **10** Nr. 1327 Nr. 2 (Hamburg). Die Klausel in den Geschäftsbedingungen der Bank „Sämtliche auf Grund der den Girokunden ausgehändigten Scheckformulare erhobenen Beträge gehen für Rechnung des Kunden" ist zwar nicht wörtlich aufzufassen, sie entbindet namentlich nicht die Bank von jeder Sorgfalt bei Einlösung der Schecks. Aber sie hat doch die Bedeutung, daß der Girokunde zur Deckung aller eingelösten Schecks verpflichtet sein sollte, wenn nicht der Bank selbst bei der Einlösung ein grobes Verschulden zur Last fällt. **i)** Haftung der Verkehrsunternehmungen, Eisenbahnen usw. α. R. **10** Nr. 4058 (Hamburg). Es ist die Pflicht größerer Verkehrsunternehmungen, wie der Eisenbahn und Schiffahrtsunternehmen, die mit dem Besuch eines größeren Publikums rechnen und daraus ihren Vorteil ziehen, die zur Benutzung des Publikums bestimmten Räume und Zugänge zu ihnen und überhaupt den Betrieb möglichst so einzurichten, daß für das Publikum keine, insbesondere keine nicht sofort erkenntliche Gefahren bestehen. Es verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn solche Gefahren den Leitern derartiger Unternehmen bekannt oder erkennbar sind und sie dagegen nicht diejenigen Vorsichtsmaßregeln treffen, die ohne unverhältnismäßige Opfer und wesentliche Nachteile getroffen werden können. β. **RG.** EisenbE. **26** 446, R. **10** Nr. 1499. Es stellt ein Verschulden des Eisenbahnfiskus dar, wenn die in einem eingerahmten Fenster des Transformatorenhauses befindliche Luftklappe beim Offenstehen die elektrische Starkstromleitung berührt, so daß eine den eisernen Fensterrahmen anfassende Person vom elektrischen Strome getroffen werden kann. γ. **RG.** EisenbE. **27** 66, R. **10** Nr. 2167. Daß eine technische Neuerung im Fernsprechbetriebe nicht sofort eingeführt wird, begründet noch keine Fahrlässigkeit des Postfiskus. δ. **RG.** R. **10** Nr. 2788. Ergibt sich für ein Straßenbahnunternehmen aus den örtlichen Verhältnissen die Notwendigkeit einer Schutzmaßregel für das Publikum, so kann sich der Unternehmer bei Unterlassung dieser Sicherung nicht darauf berufen, daß ihm die Sicherung von der Polizeibehörde nicht aufgegeben worden sei. **k)** Haftung des Automobilfahrers und -besitzers. α. **RG.** JW. **10** 234, EisenbE. **26** 429, R. **10** Nr. 1247. Unbegründet ist die Ansicht, daß der Beklagte, weil es sich um eine sogen. Gefälligkeitsfahrt gehandelt habe, nur für diejenige Sorgfalt hätte einstehen müssen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflege. Das BGB. beschränkt die Haftung auf das Einstehen für eine solche Sorgfalt auf bestimmt bezeichnete Fälle, von denen keiner hier vorliegt. (Vgl. jedoch o. § 254 Nr. II 2 a β.) β. ElsLothJZ. **10** 532 (Colmar). Wenn der mit seinem Automobile fahrende Besitzer wahrnimmt, daß dessen Führer mit unzulässiger Geschwindigkeit fährt, so ist er verpflichtet, denselben zur Verlangsamung der Geschwindigkeit anzuweisen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so

ist er für den durch seinen Führer verursachten Schaden verantwortlich. γ. SeuffBl. **10** 222 (München). Fahrlässiges Verhalten des Kraftwagenlenkers beim Überholen eines Pferdefuhrwerkes (er hätte das Automobil anhalten und den Motor abstellen müssen, als er wahrnahm, daß die Pferde infolge Herannahens des Automobils unruhig wurden und zu scheuen begannen). **l**) Haftung von Rechtsanwalt und Notar s. unten § 611 Nr. IV 2—4.

§ 278. Literatur: Brach, Zur Auslegung der §§ 278, 831, R. **10** 350. — Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers, JheringsJ. **58** 187 ff. — Falk, Die Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Krankenanstalten, PrVerwBl. **31** 106. — Kahn, Kulpakompensation und Gehilfenhaftung, AbürgR. **32** 350. — Schneider, Die Bedeutung des § 278 BGB. im Versicherungsrechte, LeipzZ. **10** 97 ff., 198 ff., 732 ff.

1. Allgemeines. Grundsätzliches. Anwendungsgebiet. **a**) *Brodmann sucht in methodischer Weise das Geltungsgebiet des Paragraphen zu bestimmen und ihm scharfe Grenzen zu ziehen; objektiv eine Haftung nur insofern anerkennend, als es sich um die eigentliche Vertragserfüllung handelt dergestalt, daß für schädliche Folgen nicht gehaftet wird, neben denen die zu beschaffende Leistung Bestand hat, subjektiv die Haftung nur auf solche Gehilfen erstreckend, welche in sozial abhängiger Stellung eingereiht in den Haushalt oder den gewerblichen Betrieb des Schuldners dessen eigenen wirtschaftlichen Aktionsradius unmittelbar erweitern. — Von dem gewonnenen Standpunkt aus wird eingehender die Haftung des Mieters für Angehörige und Bedienstete und die Haftung des Versicherungsnehmers für Vertreter und Gehilfen in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten und „Obliegenheiten" dem Versicherer gegenüber untersucht. Der Mieter haftet im allgemeinen nicht. Auch beim Versicherungsnehmer fällt die Entscheidung nicht einheitlich aus. Abgelehnt wird die Haftung u. a. für Gefahrerhöhung und Verursachung des Versicherungsfalls. **b**) **RG.** LeipzZ. **10** 927, WarnE. **10** 453, R. **10** Nr. 3899. Daß ein Verschulden der Hilfsperson des § 278 bei der unmittelbaren Erfüllungshandlung vorliegen müsse, setzt die Bestimmung nicht voraus; zur Erfüllung der Verbindlichkeit gehört alles, was aus dem Vertrage vom Vertragsschuldner überhaupt verlangt werden kann (vgl. hierzu § 631 Ziff. I 1). **c**) Herbeiholen der verkauften Ware als Erfüllungshandlung. **RG.** BayRpflZ. **10** 195, WarnE. **3** 152. Der Kläger ist durch das Verschulden des Gehilfen in Ausführung einer dem Verkäufer obliegenden Erfüllungshandlung verletzt worden. (Der Beklagte hatte mit dem Kläger einen Kaufvertrag über vier Scheiben abgeschlossen und ihn in sein Lager geschickt, damit er sich dort die Scheiben von dem Gehilfen ausfolgen lasse. Beim Herbeiholen der Scheiben durch letzteren wurde Kläger verletzt.) Bedarf es, was beim Kleinhandel in der Regel der Fall sein wird, des Herbeiholens der Ware von ihrem nahen Lagerplatze zu der Stelle, wo sie spezifiziert und dem Käufer übergeben werden soll, so gehört auch dieses Herbeiholen zur Erfüllungspflicht des Verkäufers. **d**) FrankfRundsch. **09** 238, R. **10** Nr. 3717 (Frankfurt). Es ist zu unterscheiden, ob das Versehen der Hilfsperson ein selbständiges ist und mit der Vertragserfüllung nur äußerlich zusammenhängt oder ob es in Ansehung der Erfüllung begangen ist; nur im letzteren Falle, wo das Versehen zugleich als eine Verletzung der Vertragspflicht sich darstellt, greift § 278 Platz. **e**) Brach. § 278 verhält sich zu § 831 wie § 276 zu § 823, d. h. in allen Fällen, wo bei eigenem Handeln § 276, ist bei Handeln durch einen zu vertretenden Dritten § 278, und in allen Fällen, wo bei eigenem Handeln § 823, ist bei Handeln durch einen Dritten § 831 anzuwenden. Hiernach dürfte **RG. 63** 343 unzutreffend sein. **f**) Kahn.

§ 278 bezieht sich auch auf deliktische Tatbestände. g) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse (Berlin 1910) 46 ff. Die Haftung des § 278 erstreckt sich auch auf die Gehilfen beim Abschlusse des Geschäfts.

2. Einzelfälle (s. JDR. 8 Nr. 6, **7** Nr. 6, **6** Nr. 2, **5** Nr. 4, **4** Nr. 4, **3** Nr. 7, **2** Nr. 9, **1** zu § 278). a) Haftung bei Schuldverhältnissen aus einseitigen — vertragsgleichen — Rechtsgeschäften. *Fürst, LeipzZ. **10** 178 ff. (s. § 305 Nr. **3** a). Die Haftung der Gewerbetreibenden (Gastwirte) für den Zustand ihrer dem Publikum zur Verfügung gestellten Lokalitäten wird durch einseitiges Rechtsgeschäft des Besuchers begründet; auf sie finden deshalb nach BGB. § 305 auch die Grundsätze über vertragsmäßige Haftung Anwendung. b) Haftung des Beschädigten für den Arzt (z B. § 254 Abs. 2). α. **RG.** JW. **10** 63. Keine Haftung des Beschädigten für ein Verschulden des ihn behandelnden Arztes. (S. § 254 Nr. III 3 b.) β. Ebenso **RG.** JW. **10** 934 Nr. 5. Für eine durch den Arzt herbeigeführte Körperverletzung haften die gemäß §§ 165 ff. PrBergG. gebildeten Knappschaftskassen nicht. Zwar stellen die Gewährung von freier ärztlicher Behandlung und Arznei oder die Gewährung von freier Kur und Verpflegung im Krankenhause Naturalleistungen gegenüber dem Erkrankten dar. Hierzu zählt aber die Durchführung der Behandlung und Verpflegung selbst nicht. c) Haftung der Eisenbahn. **RG.** DJZ. **10** 1410. Haftung der Eisenbahn wegen Verschuldens des Angestellten, der die Riegel der zurückgeschlagenen Torflügel der Schalterhalle nicht tief genug in die — verschmutzten — Ösen hineingeschoben hatte, so daß sie durch den Windstoß sich losreißen konnten und hierdurch den mit einer Fahrkarte versehenen Reisenden verletzten. d) Haftung der Straßenbahn. HansGZ. **10** Beibl. 109, R. **10** Nr. 1227 (Hamburg). Bei einem mit einer Straßenbahn abgeschlossenen Beförderungsvertrag ist nicht jeder im Betriebe beschäftigte Angestellte der Straßenbahn Erfüllungsgehilfe, sondern nur diejenigen sind Erfüllungsgehilfen, die unmittelbar die Beförderung des betreffenden Fahrgastes bewirken. Deshalb ist nicht Erfüllungsgehilfe der Führer des Straßenbahnwagens, welcher dem von dem Fahrgaste benutzten Wagen folgt. Wenn infolge dieses Führers der nachfolgende Wagen mit dem vorfahrenden zusammenstößt und der Fahrgast dabei beschädigt wird, so haftet der Straßenbahnunternehmer für dieses Verschulden des Führers nicht aus § 278, sondern aus § 831. e) Haftung beim Lehrvertrage. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 389, R. **10** Nr. 2791, schon JDR. **8** § 278 Nr. 6 h α kurz mitgeteilt. Der Lehrherr ist verpflichtet, bei der Anleitung, der Ermahnung, der Zurechtweisung des Lehrlinges sich so zu verhalten, daß die Gesundheit des Lehrlinges dabei nicht gefährdet wird. Fehlt der Lehrherr hiergegen, so verletzt er nicht nur die allgemeinen jedem anderen gegenüber ihm obliegenden Pflichten, sondern auch die besonderen aus dem Lehrverhältnisse sich ergebenden vertraglichen Verpflichtungen. Ebenso verstößt der Vertreter des Lehrherrn, wenn er bei der Zurechtweisung des Lehrlinges derart unvorsichtig handelt, daß er diesen körperlich verletzt, gegen diejenigen vertraglichen Pflichten des Lehrherrn, zu deren Erfüllung er von diesem berufen war. Er handelt schuldhaft nicht bei Gelegenheit der Vertragserfüllung, sondern durch die Art der Vertragserfüllung selbst. f) Die Haftung der Gemeinden für Verschulden des Personals ihrer Krankenanstalten. Falk bespricht **RG. 64** 231 (JDR. **5** Nr. 4 i δ und **6** Nr. 2 g γ) und die Möglichkeit eines Ausschlusses der Haftung aus § 278 durch die Aufnahmebedingungen.

§ 279. SeuffA. **65** Nr. 160, R. **10** Nr. 2973 (Hamburg). Der Verkauf einer auf einem bestimmten Dampfer schwimmenden Partie Kartoffeln mit der Vereinbarung „glückliche Ankunft vorbehalten" enthält keinen Gattungs-

kauf, verpflichtet aber den Verkäufer wegen Garantieübernahme zum Schadensersatze, wenn in dem Dampfer diese Ware nicht enthalten war.

§ 282. 1. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse (Berlin 1910) 67. Die Vorschrift gilt nicht bei der Haftung für Schuld beim Abschlusse des Geschäfts.

2. HansGZ. **10** Beibl. 109, R. **10** Nr. 1228 (Hamburg). Die Vorschrift des § 282 bezieht sich nicht auf Fälle, in denen die Leistung nur unvollständig, mangelhaft ausgeführt ist. Ist z. B. bei einem mit der Straßenbahn abgeschlossenen Beförderungsvertrag ein Fahrgast verletzt, so braucht der Straßenbahnunternehmer nicht zu beweisen, daß ihm die unbeschädigte Beförderung unmöglich gewesen sei, sondern es ist Sache des Fahrgastes, seinerseits die Umstände darzutun, aus denen ein schuldhaftes Verhalten der Straßenbahn oder ihrer Angestellten sich ergibt.

§ 284. Literatur: Frankenburger, Erfüllungsverzug bei Handelsgeschäften, SeuffBl. **10** 307, 344.

1. Verzug (s. auch § 285). a) Frankenburger bespricht den Verzug des Verkäufers und des Käufers. b) **RG.** LeipzZ. **10** 627. Die Unterlassung der dem Käufer obliegenden Spezifikation ist Schuldnerverzug.

2. Mahnung. a) SeuffA. **65** 220, SchlHolstAnz. **10** 57 (Kiel). Die Mahnung um Bezahlung einer Hypothekenschuld braucht nicht die Bereiterklärung zur Löschung im Falle der Zahlung zu enthalten. b) *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung (Berlin 1910) I 97/8. Die Mahnung ist Ausübung des Anspruchs.

3. Verzug ohne Mahnung. a) **RG.** JW. **10** 332 Nr. 7. Wenn nach dem Kaufvertrage der Verkäufer zwar das Recht hat, zu fordern, daß der Käufer spätestens am 15. Mai den Kaufpreis zahle und die Auflassung entgegennehme, ohne daß aber der Käufer die entsprechende Verpflichtung hat, so setzt der Zeitablauf allein, ohne Mahnung, den säumigen Käufer nicht in Verzug. b) Kalenderzeit. JDR. **8** Nr. 4 c β jetzt auch OLG. **20** 138. c) Keine Kalenderzeit. δ. **RG.** LeipzZ. **10** 75, HoldheimsMSchr. **10** 63. Die Bestimmung der Zahlung bis Mitte des auf eine Lieferung folgenden Monats ergibt nicht einen bestimmten, an sich nach dem Kalender zu berechnenden Tag; die Leistungszeit ist unbestimmt und auch erst von dem Eintritt eines sonstigen Ereignisses abhängig.

§ 285. 1. Umstände, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. a) Vertragswidriges Verhalten des Gläubigers. α. **RG.** JW. **10** 804 Nr. 14, R. **10** Nr. 2966. Verlangt der Gläubiger die Lieferung seitens des Schuldners, um diese zu einer Vertragsverletzung zu verwenden, so begehrt er die Leistung nicht so, wie es § 242 erfordert. Der Schuldner braucht dann nicht zu liefern, wenn er die berechtigte Besorgnis hegen darf, daß die Lieferung vom Gläubiger vertragswidrig verwendet werden würde; er kommt nicht in Verzug, da ihm ein berechtigter Entschuldigungsgrund zur Seite steht. β. Ohne daß Annahmeverzug vorzuliegen braucht. **RG.** JW. **10** 804 Nr. 13, R. **10** Nr. 3160. Durch den Annahmeverzug wird immer ein Leistungsverzug des Schuldners ausgeschlossen, doch kann, auch wenn die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nicht vorliegen, der Schuldner aus anderen Gründen exkulpiert sein. Wenn z. B. die Schuld vertragsmäßig durch Teilzahlungen zu erfüllen ist, so kann nach den Umständen die von dem Gläubiger erklärte Weigerung, eine ihm angebotene Ratenzahlung anzunehmen, den Schuldner der Verpflichtung des Angebots, auch eines nur mündlichen, bezüglich der weiterhin fällig werdenden Raten entheben, wofern das Verhalten des Gläubigers die bestimmte Annahme rechtfertigt, daß dieser auf dem Standpunkte der Ablehnung fortdauernd beharre. γ. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 273 — unter Bestätigung von HansGZ. **09** Beibl. 82 (Hamburg). Der Käufer

eines Grundstücks kommt nicht in Verzug, wenn der Verkäufer nicht dafür sorgt, daß das Grundstück nur mit den vereinbarten Hypotheken belastet aufgelassen wird. b) **RG.** R. **10** Nr. 1719. Ist die freie Veräußerlichkeit und Marktfähigkeit des gekauften Viehes zu der vertraglich bestimmten Abnahmezeit Bedingung des Vertrags, so gerät der Käufer, der um deswillen nicht abnimmt, weil infolge von Sperrmaßregeln der Verwaltungsbehörden zur Einschränkung und Verhütung ansteckender Krankheiten sich Schwierigkeiten namentlich bezüglich des Auftriebs auf die großen Märkte ergeben, nicht in Verzug.

2. Umstände, die den Schuldner nicht entschuldigen. a) **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 152. Wenn jemand durch einen Vertrag zu einer an einem bestimmten Termine fälligen Leistung verpflichtet ist, und einige Zeit vor diesem seinem Gläubiger mitteilt, er sei nicht in der Lage zu leisten und werde deshalb nicht leisten, so kann in dem Schweigen des Gläubigers auf eine solche Erklärung ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf die Vertragserfüllung nicht gefunden werden. b) **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 202, LeipzZ. **10** 547. Leistungsverzug des Verkäufers tritt ein, wenn er die Leistung überhaupt verweigert, weil der Käufer die Leistung unter anderen als den vereinbarten Bedingungen verlangt. Der Verkäufer war immer noch verpflichtet, unter den vereinbarten Bedingungen zu liefern und hätte von der Bereitwilligkeit hierzu dem Käufer Mitteilung machen müssen.

§ 286. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2793. Der Gläubiger kann den Schaden wegen verzögerter Erfüllung nach § 286 Abs. 1 auch dann beanspruchen, wenn er wegen der Verzögerung, die Rechte aus § 326 geltend zu machen, in der Lage gewesen wäre.

2. Ersatzansprüche bei verzögerter Geldzahlung nur gemäß der ädäquaten Verursachungstheorie vgl. § 249 Nr. 5 a d.

§ 288. Abs. 2. 1. Höhere Zinsen für Kaufleute mit überseeischem Handel. OLG. **20** 139, R. **10** Nr. 1336 (Hamburg) billigt 7 pCt. zu, da nach den in Betracht kommenden überseeischen Verhältnissen unbedenklich davon ausgegangen werden darf, daß dem Kläger das streitige Geld bei rechtzeitiger Zahlung mindestens 7 pCt. eingebracht haben würde.

2. OLG. **20** 139 (KG.) erkennt an, daß die Bank, deren Geschäftskreis gerade auch Kreditgeschäfte umfaßt, das geschuldete Kapital, wenn sie es in ihrem Geschäftsbetrieb entbehren könnte, mindestens zu einem damaligen 6 pCt. übersteigenden Zinsfuß hätte verwerten können und es sich, wenn sie es für ihr Geschäft gebrauchte, zu diesem hohen Zinsfuße verschaffen mußte.

§ 291. **RG.** **74** 45. Die Bestimmung des § 36 Abs. 3 PrEnteignG., wonach der Enteignete von der Zinsverbindlichkeit, auch hinsichtlich der Prozeßzinsen, befreit ist, ist durch Art. 109 EGBGB. aufrechterhalten und wird durch § 291 BGB. nicht berührt.

§ 292. Literatur: Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung. Berlin 1910. (Historisch.)

Manigk. Der Grundsatz, daß der Ersatzanspruch wegen der Erhaltungskosten insoweit durch Verrechnung entfällt, als der Berechtigte die Nutzungen hat, ist ein allgemeines Prinzip. Die Antichresis ist von der Verpfändung, mit der sie zu Unrecht in alleinigen Zusammenhang gebracht wird, unabhängig. Dies wird durch Besprechung der antiken Rechte nachgewiesen.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

§ 297. Literatur: Boer, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, GruchotsBeitr. **54** 493 ff.

*Boer. Der § 297 BGB. ist nicht dahin auszulegen, daß Unmöglichkeit der Leistung den Annahmeverzug ausschließt. Annahmeverzug ist vielmehr selbst nichts

anderes als die durch Unterbleiben der erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers hervorgerufene Unmöglichkeit der Leistung, mag sie zeitlich beschränkt oder dauernd sein. Der § 297 BGB. besagt nichts weiter als: der Gläubiger kommt dann nicht n Verzug, wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu bewirken, d. h. wenn eine Voraussetzung seiner Tätigkeit (im Gegensatze zur Mitwirkungshandlung des Gläubigers) fehlt. Es kommt also nicht darauf an, ob die Mitwirkungshandlung des Gläubigers möglich ist, und zwar selbst dann nicht, wenn der Gläubiger durch Schaffung einer Voraussetzung der Tätigkeit des Schuldners mitzuwirken hat. Die wichtigste Folgerung, die der Verf. aus diesen Grundsätzen zieht, ist die, daß z. B. der Theaterunternehmer, dessen Theater niederbrennt, seinen Schauspielern die Gage zahlen muß, ebenso wie der Schüler, durch dessen Erkrankung die Fortsetzung des Unterrichts unmöglich wird, dem Lehrer das Honorar entrichten muß usw.

§ 303. 1. **RG.** JW. **10** 283. Wenn der Verkäufer eines Grundstücks, welches infolge der Nichtigkeit des Vertrags zurückzunehmen ist, mit der Rückgängigmachung des Kaufes und der Rückzahlung des Kaufpreises in Verzug ist und ihm der Käufer das Grundstück vergeblich zur Verfügung gestellt und es preisgegeben hat, so hat für die weiteren Schicksale des Grundstücks nicht der Käufer, sondern der Verkäufer aufzukommen, ein Anspruch des letzteren auf Herausgabe des Grundstücks besteht nicht mehr.

2. Preisgabe eines Grundstücks s. § 273 Nr. 1e.

§ 304. Literatur: Reichel, Mehrkosten des erfolglosen Leistungsangebots, R. **10** 811.

*Reichel. Die Rechtsfolge des § 304 unterscheidet sich wesentlich von der des § 286: der Leistungssäumige hat immer nur solchen Schaden zu ersetzen, der nach Verzugsbeginn eintritt; der Annahmesäumige hingegen nur solchen, der vor Eintritt des Annahmeverzugs entstanden ist; als Schaden ausgewiesen freilich wird dieser erst dadurch, daß hinterher die behufs Leistungsangebots gemachten Aufwendungen des Schuldners sich als nutzlos insofern herausstellen, als sie bei erneutem Angebot erneut aufgewandt werden müssen (Mehrkosten).

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung: Den bemerkenswerten Versuch, das Vertragsrecht auf eine Reihe von Tatbeständen anzuwenden, denen bisher meist nur tatsächliche Wirkung (Haftung aus unerlaubter Handlung) zuerkannt wurde, macht Fürst (vgl. § 305 Nr. 3 a). — Über die gemischten Verträge hat Hoeniger (§ 305 Nr. 2 a) ein erstaunliches Material aus der Praxis zusammengetragen, die Grundsätze, welche bei der Behandlung von Mischverträgen anzuwenden sind (sie sind aaO. kurz angeführt), werden durch ausführliche Besprechung der Einzelfälle erprobt (hierauf ist im besonderen Teil der Schuldverhältnisse jeweils hingewiesen). — Die Frage der Formbedürftigkeit eines Vertrags über Einräumung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstücke dürfte durch die bejahende Plenarentscheidung des RG. (§ 313 Nr. I 1 g) nun wohl zur Ruhe kommen, obwohl sich die Entscheidung grundsätzlich nur auf das persönliche Vorkaufsrecht bezieht.

§ 305. Literatur: Degenkolb, Vertragsneuvollziehung, RheinZ. 2 167 ff. unvollendet). — Fürst, Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften, LeipzZ. **10** 177 ff. — Hoeniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. Erster Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910. — von Meerscheidt-Hüllessem, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, DJZ. **10** 854. — Schwarz, Die Haftpflicht des Stallwirts für Beschädigung der eingestellten Tiere infolge Mangelhaftigkeit des Stalles, SeuffBl. **10** 62. — Tuma, BayRpflZ. **10** 231.

1. Vertragsneuvollziehung. Degenkolb. Degenkolb begründet von neuem seine AСivPr. 71 159 ff. aufgestellte Lehre von der Dispositivkraft der Vertragsneuvollziehung und verteidigt sie gegen die Angriffe von Meyer u. a. Die einen bereits geschlossenen Vertrag bewußt in sich aufnehmende, in Vertragsform erfolgende Beurkundung schafft nicht eine Beweisurkunde über den reproduzierten Vertrag, sondern eine Dispositivurkunde, d. h. die vollziehende Erklärung ist eine einheitliche, in dieser Urkunde selbst enthaltene Vertragserklärung. Es besteht zwar zwischen der reproduzierenden Erklärung und dem reproduzierten Vertragsschluß ein Zusammenhang. Die Vollzugsurkunde steht im Dienste gewollter Vollziehungszwecke, ähnlich wie das abstrakte Schuldversprechen in Hilfsgeschäftsfunktion gegenüber einem Grundschuldverhältnisse stehen kann; beide Erklärungen verbindet z. B. der Zweck der Beweissicherung; insofern ist der Ausdruck „selbständiger Vertrag" mißverständlich. Jedoch wird dadurch die Vollziehungsurkunde nicht zur bloßen Beweisurkunde. Einreden gegen die aus dem ursprünglichen Vertrag abzuleitenden Ansprüche sind nicht ohne weiteres gegen die aus der reproduzierenden Erklärung sich ergebenden Ansprüche wirksam; sowenig umgekehrt die aus der letzteren abzuleitenden Einreden ohne weiteres dem Anspruch aus dem ursprünglichen Vertrag entgegenstehen; wann dies der Fall ist, ist Auslegungsfrage.

2. Gemischte Verträge. a) Hoeniger. Gemischte Verträge sind Kombinationen gesetzlicher Tatbestandsstücke in neuer, dem Gesetze selbst fremder Form. Als gemischte Verträge mit Typenvermengung sind diejenigen anzusehen, welche eine Kombination von solchen Tatbestandsstücken enthalten, die für verschiedene gesetzliche Vertragskategorien typisch wesentlich sind oder die — anders ausgedrückt — den Typus der gesetzlichen Kategorien konstituieren. Gemischte Verträge ohne Typenvermengung entstehen dadurch, daß zu einem typischen Vertrag ein nicht typisches Tatbestandsstück aus einer anderen gesetzlichen Kategorie hinzutritt. Jede Grundform des gemischten Vertrags wird durch die Art und Weise konstituiert, in der sich die einzelnen Tatbestandsstücke zur neuen Kombination des gemischten Vertrags zusammensetzen. Bei allen gemischten Verträgen ohne Typenvermengung ist die Art der Kombination der Tatbestandsstücke völlig gleich: es tritt zu einem typischen Vertrag ein nicht typisches Stück aus einer anderen Vertragskategorie. Es gibt daher nur eine Grundform des gemischten Vertrags ohne Typenvermengung. Gemischte Verträge mit Typenvermengung können dagegen durch grundsätzlich verschiedene Weisen der Kombination von Tatbestandsstücken entstehen. Es gibt daher keine einheitliche Grundform des gemischten Vertrags mit Typenvermengung, welche der Grundform ohne Typenvermengung entgegenzusetzen wäre. Es sondern sich vielmehr vier große, sich scharf unterscheidende Gruppen der gemischten Verträge mit Typenvermengung ab: 1. Verträge mit Typenvermengung trotz eindeutiger Subsumierbarkeit oder gemischte Gesellschaftsverträge; 2. Verträge mit Typenvermengung bei doppelter Subsumierbarkeit, doppeltypische oder gemische Gegenseitigkeitsverträge; 3. Verträge mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite; 4. Verträge mit Typenvermengung durch vermischte Entgeltlichkeit oder Verträge mit gemischter causa. Die drei ersteren der Grundformen mit Typenvermengung lassen sich zusammenfassen unter der Kategorie der Kombinationen verschiedener typischer Leistungen unter einem verknüpfenden Tatbestande. In der Grundform der gemischten Gesellschaftsverträge werden Leistungen, die verschiedenen gesetzlichen Kategorien zu unterstellen sind, durch den leistungsverknüpfenden Tatbestand der Gesellschaft verbunden. Genau in entsprechender Weise werden bei der Grundform der doppeltypischen Verträge verschiedene typische Leistungen durch Synallagmen verbunden. Schließlich können sich auf der Seite einer Ver-

tragspartei mehrere typische Leistungen dadurch verbinden, daß dieselben „als zusammengehörend“, also unter dem sie verknüpfenden Tatbestand der Zusammengehörigkeit, versprochen werden. Außer Sozietät, Synallagma und Zusammengehörigkeit gibt es jedenfalls im Bereiche dieser Betrachtungen keinen leistungsverknüpfenden Tatbestand. Da es ohne solchen Tatbestand keine Verbindung typischer Leistungen gibt, so gibt es auch nicht mehr als die drei Grundformen der gemischten Verträge, die durch verschiedenartige Verknüpfung typischer Leistungen konstituiert werden. Die Vertragstypen unterscheiden sich nicht nur durch den verschiedenen Inhalt der für sie wesentlichen Leistungen, sie unterscheiden sich durch Tatbestandselemente, die vom Leistungsinhalte ganz unabhängig sind. Da diese vom Leistungsinhalt unabhängigen Tatbestandsstücke für den Typus des Vertrags mitbestimmend sind, so ergibt sich, daß es auch typisch wesentliche, vom Leistungsinhalt unabhängige Tatbestandsstücke gibt. Die Kombinationen dieser letzteren, vom Leistungsinhalt unabhängigen, typisch wesentlichen Tatbestände müssen gemischte Verträge mit Typenvermengung ergeben. Im ganzen speziellen Obligationenrechte gibt es eine größere Anzahl solcher vom Leistungsinhalt unabhängiger und demnach typisch wesentlicher Tatbestandsstücke. Bei den neben der Gesellschaft hier zur Untersuchung stehenden Gesetzeskategorien (Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Pacht, Leihe, Darlehen, Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auftrag, Verwahrung) spielen neben den besonderen Leistungsinhalten als typisch wesentliche Stücke nur die Tatbestände der Entgeltlichkeit und der Unentgeltlichkeit eine Rolle. Demnach ergeben nur noch die Kombinationen, die zwischen den beiden letzterwähnten Tatbeständen und ferner dem der Gesellschaft möglich sind, gemischte Verträge mit Typenvermengung. Außer den zuletzt behandelten Tatbestandsstücken und den typischen Leistungen gibt es keine weiteren typischen Tatbestandselemente. Daher gibt es auch keine weitere Grundform mit Typenvermengung. Ein gemischter Vertrag aber, der nicht als solcher mit oder ohne Typenvermengung gekennzeichnet werden könnte, ist nicht denkbar. Daher kann gesagt werden: es gibt keinen gemischten Vertrag, der nicht unter die hier aufgestellten fünf Gruppen fiele. Die Grundform ohne Typenvermengung kann sich mit allen vier Formen der Typenvermengung verbinden; ebenso lassen sich die Grundformen mit Typenvermengung miteinander kombinieren. Durch die Verbindung der Grundformen werden neue Schwierigkeiten hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der komplizierten Mischverträge nicht hervorgerufen. b) von Meerscheidt-Hüllessem. Verf. unterscheidet drei Arten: 1. Ein Vertrag deckt sich mit einem gesetzlichen Typus in den Hauptzügen, aber nicht ganz. Das Fehlende ist nach der Natur des Rechtsverhältnisses zu ergänzen. 2. Ein Vertrag vereinigt nicht die Merkmale einer der gesetzlichen Vertragstypen in sich, hat aber mit einem Typ Ähnlichkeit. Hier sind die Regeln dieses Types nur unter Beobachtung der Eigenart des Vertrags anzuwenden, z. B. die Veräußerung eines Handelsgewerbes mit Kundschaft gegen Geld als kaufähnlicher Vertrag, vgl. **RG. 63** 57. 3. Die eigentlichen gemischten Verträge sind die, bei denen ein Teil der eine, ein anderer Teil ein anderer der besonders geregelten Vertragstypen zu sein scheint. In Wahrheit liegt stets ein einheitlicher Vertrag eigener Art vor, der nur eben die Züge verschiedener Typen trägt. Die Rechtsfolgen sind dann nicht danach zu beurteilen, was das Gesetz z. B. für Kauf und was es für Gesellschaft vorschreibt, sondern danach, inwiefern die Verwandtschaft mit Kauf und die Verwandtschaft mit Gesellschaft gleiche oder ähnliche Rechtsregeln, als sie das Gesetz für diese Typen gegeben hat, anzuwenden rechtfertigt. Hierzu werden zahlreiche Beispiele gegeben.

3. Auf welche Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften ist das Vertragsrecht anzuwenden? a) *Fürst.

Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften (vertragsgleiche Schuldverhältnisse) kommen nicht nur als besondere Rechtsgebilde (Auslobung, Inhaberpapiere usw.) vor, sondern auch häufig bei sonstigen Schuldverhältnissen; es ist hierbei die zu einem Vertrag erforderliche Zustimmung des einen Teiles entweder durch eine der Öffentlichkeit gegenüber abgegebene Bindungserklärung oder durch einen gesetzlichen Zwang ersetzt. So wird die Haftung der Gewerbetreibenden, insbesondere der Gastwirte, für den Zustand ihrer Lokalitäten, auf Grund der Überlassung zur allgemeinen Benutzung durch das Publikum, durch das einseitige Handeln des Besuchers zur Entstehung gebracht; auf sie finden deshalb als auf eine vertragsgleiche auch die Bestimmungen über den Vertrag Anwendung. Ferner gehören hierher die Fälle des sog. Kontrahierungszwanges, z. B. Verkauf durch Automaten (zweifelhaft ist der Fall der Subskription), die Geschäfte der öffentlichen Transportanstalten u. dgl., auch die Stellung des beigeordneten Pflichtanwalts ist so zu beurteilen. **b)** Hiergegen Tuma, der insbesondere die Ansicht Fürsts bekämpft, daß durch das bloße Bereitstellen eines Raumes durch den Gastwirt oder andere Gewerbetreibende eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung entstehen könne. **c)** Eröffnung eines Verkehrs im Hause. **RG. 74** 124, JW. **10** 807 Nr. 19, R. **10** Nr. 2800. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß derjenige, der in einem Hause ein Gewerbe betreibt, das den Eintritt von Käufern mit sich bringt, kraft Vertrags den kaufenden Personen für eine die Sicherheit nicht gefährdende Beschaffenheit der Räumlichkeiten oder der Zugänge einzustehen hat, ist nicht anzuerkennen. Insbesondere läßt sich aus dem Wesen des Kaufvertrags ein solcher Satz nicht herleiten. Dagegen ist allerdings, wer in seinem Hause einen Verkehr eröffnet, verpflichtet, für die Sicherheit derer, denen er Einlaß gewährt, zu sorgen. Die Verletzung dieser Pflicht begründet jedoch keine Haftung aus Vertrag, sondern eine solche aus unerlaubter Handlung. Eine vertragliche Haftung tritt nur dann und nur insoweit ein, als Vertragsbeziehungen vorhanden sind, die sich — wie beim Wirte im Verhältnisse zu den Gästen — gerade auf die Benutzung des betreffenden Raumes erstrecken. **d)** Benutzung von öffentlichen Schlachthäusern. **α. RG.** GruchotsBeitr. **54** 904, JW. **10** 63 Nr. 9, R. **10** Nr. 294. Zwischen den Benutzern der kommunalen Schlachthäuser und diesen Anstalten besteht kein Vertragsverhältnis, da die für die Benutzung zu zahlende Gebühr eine öffentliche Abgabe ist. Dies gilt zweifellos, soweit es sich um den allgemeinen, allen Benutzern und Besuchern zur Verfügung stehenden Mittelgang handelt. Dahingestellt bleibt die Frage, wie es ist, wenn den einzelnen regelmäßigen Benutzern bestimmte Räume als Kühlzellen oder Schlachtstätten zur ausschließlichen Verfügung gegen besondere Vergütung zugewiesen sind. β. SchlHolstAnz. **10** 307 (Kiel). Wenn eine Stadtgemeinde ein Schlachthaus errichtet und Schlachtgebühren erhebt, so wird dadurch ein vertragsmäßiges Verhältnis zwischen dem Benutzer des Schlachthofs und der Stadt nicht begründet. **e)** SeuffA. **65** 407 (Hamburg). Die Durchschleusung auf der Alster erfolgt nicht auf Grund eines privat- oder öffentlich-rechtlichen Vertrags. Es handelt sich bei der Errichtung, der Unterhaltung und dem Betriebe der Schleusenanlage um eine reine Staatstätigkeit. Die Schleusengelder haben den Charakter von Gebühren. **f)** Pferde- oder Wageneinstellung (s. auch § 701 Nr. 2). **α.** Schwarz. Der Pferdeeinstellungsvertrag ist in der Regel kein selbständiger Vertrag, sondern wird von dem Gastwirtsvertrage (Verabreichung der Speisen und Getränke gegen Entgelt) mitumfaßt. Der geschädigte Gast muß ein Verschulden des Wirtes oder seiner Angestellten nachweisen. β. **RG.** JW. **10** 750 Nr. 6, WarnE. **10** 275, R. **10** Nr. 2490. Durch die Pferdeeinstellung

wird ein Vertrag begründet — aM. OLG. 18 26 (KG.), 28 (Kiel) und SchlHolstAnz. 10 118 (Kiel) —, doch in der Regel weder ein eigentlicher Miet- noch ein Verwahrungsvertrag. Der Gastwirt hat dafür einzustehen, daß der Stall überhaupt zur Einstellung von Pferden geeignet ist; dazu gehört aber nicht auch die Haftung für eine bestimmte Stallgröße, wenn es dem Ermessen der Gäste überlassen ist, nicht mehr Pferde, als ungefährlich ist, einzustellen. Wenn aber der Gastwirt den Gästen auch seinen Hausknecht zur Verfügung stellt, damit er bei der Unterbringung, Wartung und Aufsicht der Pferde behilflich ist, so kann — auch wenn der Hausknecht auf die Trinkgelder der Gäste angewiesen ist — ein entgeltlicher Vertrag vorliegen. γ. OLG. 20 224 (Königsberg) verneint die Anwendbarkeit des § 701 und die Annahme eines Verwahrungsvertrags, wenn jemand bei einem Gastwirt seinen Wagen einstellt, ohne sich beherbergen zu lassen, läßt aber wohl die Möglichkeit eines eigenartigen Vertrags zu, dessen Inhalt sich nach den Umständen richtet.

4. Gefälligkeitsverträge. Hoeniger, Gemischte Verträge 332 ff., wendet sich gegen Krückmanns Versuch (JDR. 8 Nr. 1), die von v. Blume (JDR. 7 Nr. 1) sogenannten Gefälligkeitsverträge als gemischte Verträge zu behandeln. Hoeniger hält zwar auch die Aufstellung einer solchen besonderen Gruppe der Gefälligkeitsverträge für verfehlt, ist jedoch der Meinung, daß es sich in diesen Fällen weder um gemischte Verträge, noch um zwischentypische Leistungen (Zwischenformen zwischen gesetzlichen Tatbestandsstücken) noch um überhaupt irgendwelche besondere Komplikationen handelt.

§ 306. **RG.** JW. 10 180. Verträge über die Veräußerung von Sachen, die dem Veräußerer nicht gehören, sind nicht Verträge über unmögliche Leistungen im Sinne von § 306. Ein Vertrag, durch den der in rheinischer Gütergemeinschaft (Gesamthandseigentum) lebende Ehegatte seinen ideellen, halben Anteil an den zur Gütergemeinschaftsmasse gehörigen Grundstücken (nicht etwa seinen Gesamthandsanteil daran) verkauft hat, ist gültig; der Veräußerer ist verpflichtet, die Umwandlung seines gesamthändigen Miteigentums in Bruchteilseigentum herbeizuführen und letzteres dann dem Käufer zu verschaffen.

§ 311. 1. Isay, Das Recht am Unternehmen (Berlin 1910) 145 f. Die Übernahme der Verpflichtung zur Übertragung eines Unternehmens bedarf der Form des § 311 nicht. Denn durch einen derartigen Vertrag wird nur ein Komplex ganz bestimmter, an Hand der Bücher ohne weiteres bezeichenbarer Vermögensgegenstände umfaßt. Somit bedarf die Verpflichtung zur Veräußerung eines Unternehmens nur dann einer Form, wenn entweder Grundstücke darin enthalten sind oder der Grund der Veräußerung (Schenkung, Vermächtnis, Ehevertrag, Erbschaftskauf) eine Form nötig macht.

2. R. 10 Nr. 850 (KG.). Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn es sich um das Sondervermögen einer offenen Handelsgesellschaft handelt.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. 10 203, LeipzZ. 10 771, R. 10 Nr. 2492. Der Vertrag, durch den das ganze Vermögen einer GmbH. auf einen anderen übertragen wird, bedarf der Form des § 311. Das Vermögen wird als Ganzes übertragen trotz des Fortbestehens von Geschäftsanteilen; denn die Geschäftsanteile drücken nur das Maß der Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen aus. Sie gehören aber nicht zum Gesellschaftsvermögen, sondern zum Sondervermögen der Gesellschafter.

4. **RG.** JDR. 8 § 311 Nr. 3 jetzt auch **RG.** 72 116, LeipzZ. 10 141 Nr. 16.

§ 313. Literatur: Bourier, Der Vorbehalt des § 98 GBO., DNotV. 10 305 ff. — Hamm, Über die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 313 BGB., DNotV.

10 106 ff. — Derselbe, Zum Vorbehalte des § 98 GBO., DNotV. **10** 484 f. — Kreß, Der vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts formlos geschlossene Kaufalvertrag, BayNotZ. **10** 75 ff. — Oertmann, Rückwirkende Kraft der Vertragsheilung nach BGB. § 313 Satz 2, SeuffBl. **10** 541 ff. — Winkler, Zum Vorbehalte des § 98 GBO., DNotV. **10** 675 f. — Wünschmann, Kann man sich zum Erwerb eines Grundstücks formlos verpflichten? ZBlFG. **10** 15 ff.

I. Satz 1. 1. Formzwang oder nicht. a) Vollständigkeit der Urkunde. Selbständige Nebenabreden. Verhältnis zu § 139 (s. IDR. 8 Nr. II 1 a, **7** Nr. II 1 a, **6** Nr. I 1 a δ, **5** Nr. II 2, **4** Nr. II 2, **3** Nr. I 4). α. **RG.** IW. **10** 12, R. **10** Nr. 1338. Da die Formvorschrift für alle Bestimmungen des Veräußerungsvertrags gilt, so ist der Urkundeninhalt auch für die Erklärung der Übernahme einer Grundschuld maßgebend. Der in dieser Beziehung bei den dem notariellen Vertragsschlusse vorausgegangenen Kaufverhandlungen formlos erklärte, in der Urkunde nicht zum Ausdrucke gebrachte Wille kann nur durch Anfechtung des notariellen Vertrags wegen Irrtums zur rechtlichen Geltung gebracht werden. β. **RG.** LeipzZ. **10** 75. Der Kaufvertrag und die Bestimmung über die Verrechnung des Preises für das verkaufte Grundstück waren Teile eines einheitlichen Vertrags, auch war von vornherein vereinbart, daß die Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks bis zur Höhe von 10 000 M. die Abtretung eines Teiles der für den Käufer auf einem anderen Grundstück eingetragenen Hypothek sein sollte. Hiernach war die Belegung des Kaufpreises wesentlicher Vertragsbestandteil und bedurfte der Aufnahme in die Urkunde. γ. OLG. **20** 165, R. **10** Nr. 1337 (Kiel). Die Bestimmung „Der Kaufpreis soll durch Verrechnung getilgt werden" macht den Kauf wegen Unbestimmtheit der Abrede über den Preis ungültig. (Vgl. unten b ε.) δ. OLG. **20** 140 (Darmstadt). Das Formerfordernis bezieht sich auch auf das Versprechen der Fertigstellung des Hauses und der Anlegung der Kanalisation. Jenes bezieht sich auf die Beschaffenheit der Kaufsache und den sich hiernach richtenden Preis, dieses betrifft eine Eigenschaft des Hauses. ε. SeuffA. **66** 55 (Kiel). Erfolgt die Bestimmung des Kaufgegenstandes durch Bezugnahme auf eine andere Urkunde, so ist sie nur dann inhaltlich beurkundet, wenn die in Bezug genommene Urkunde, sei es durch Aufnahme in den Text des Vertragsprotokolls, sei es, gemäß § 176 FGG., durch Beifügung als Anlage zum Protokoll unter Bezugnahme darauf in diesem, ein Teil des Protokolls selbst geworden ist. ζ. **RG.** R. **10** Nr. 1072. Die den Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrags sichernden oder eine besondere Vergütung für dessen Abschluß versprechenden vertraglichen Abmachungen bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht, wenn sie als selbständige den Hauptvertrag nicht berührende Abmachungen zu gelten haben. Das wird allerdings immer als Ausnahme anzusehen sein. η. Hamm. Daß es für eine Nebenvereinbarung an der im Gesetze vorgeschriebenen Form fehlt, kann nur diese, nicht aber auch, wie **RG.** IDR. **5** Nr. II 2 a angenommen hat, den in der vorgeschriebenen Form des § 313 BGB. abgeschlossenen Hauptvertrag ungültig machen, wenn anders der Zweck der Form, den Vertrag zu sichern, erreicht werden soll. Die Bestimmung des § 139 BGB. ist nicht anwendbar, weil sie nur die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts wegen der Person eines der Vertragschließenden oder wegen des Inhalts nichtige Rechtsgeschäfte im Auge hat. ϑ. **RG.** IW. **10** 936 Nr. 7, LeipzZ. **10** 926 Nr. 10. Wenn ein Teil des Vertrags der Form genügt, ein anderer Teil der Form entbehrt, so ist der ganze Vertrag nicht so niedergeschrieben, wie er vereinbart wurde, also nach § 139 in allen seinen Teilen nichtig. Nur ausnahmsweise ist der in die gehörige Form gekleidete Vertrag gültig, wenn nämlich derjenige, der sich auf die Gültigkeit dieses Teiles beruft, beweist, daß dieser Teil auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. **b)** Parteiwille

und Urkundeninhalt. α. Hamm, DNotV. **10** 106 ff. Liegt bei einem nach § 313 BGB. abgeschlossenen notariellen Vertrage kein Widerspruch mit dem formlosen Nebenvertrage, sondern mit dem vor, was bei Abschluß der Urkunde der wahre Wille der Parteien gewesen ist, so ist der notarielle Vertrag nicht aus § 313 BGB. nichtig; es kommt in einem solchen Falle für den formell gültigen Vertrag nur in Frage, ob er ein Scheingeschäft darstellt und als solches gemäß § 117 BGB. nichtig ist. Wenn die Parteien bei der notariellen Beurkundung des miteinander abgeschlossenen Kaufvertrags den Kaufpreis niedriger, als von ihnen vereinbart, angegeben haben, und dies, wie im Falle von **RG.** JDR. **8** Nr. II 1 b α zur Ersparung von Kosten, also zur Täuschung der Stempelbehörde, sowie des Notars geschehen ist, so liegt ein Scheingeschäft vor. Wenn aber die Parteien, wie im Falle von **RG.** DNotV. **09** 286, das Ergebnis der zwischen ihnen zustande gekommenen Vereinbarung in der notariellen Urkunde richtig angegeben haben, der Verkäufer aber über die Zahlung des Kaufpreisrestes quittiert, ohne dabei zu bemerken, daß die Zahlung nicht in bar, sondern durch Übergabe von vom Verkäufer an Zahlungsstatt angenommenen Interimsscheinen erfolgt ist, so ist diese Quittungserklärung nicht zum Schein abgegeben, sondern der Willenseinigung zwischen ihnen entsprechend; es ist unmöglich, hierin eine unrichtige, zum Schein abgegebene Erklärung zu finden, welche den notariellen Vertrag nichtig mache. β. **RG.** ZBlFG. **10** 731, R. **10** Nr. 1071. Vereinbaren die Parteien einen festen Grundstücksverkauf und beurkunden sie in der vorgeschriebenen Form, um Stempel zu ersparen, nur ein bindendes Verkaufsangebot, so ist das beurkundete Rechtsgeschäft nichtig. γ. **RG.** R. **10** Nr. 1229. Unrichtige Angabe der von einer Seite zu leistenden Zuzahlung (Tauschaufgabe), welche einen wesentlichen Bestandteil des Tauschvertrags bildet, bewirkt Nichtigkeit. δ. R. **10** Nr. 664 (ObLG. München). Ein für den Vertragsbestand unschädlicher Irrtum in der Beschreibung des Vertragsgegenstandes liegt insbesondere vor, wenn bei dem Grundstücksverzeichnisse des anderweitig bestimmt bezeichneten Gutes eine Plannummer versehentlich weggeblieben ist. ε. **RG.** LeipzZ. **10** 771, R. **10** Nr. 2494. Keine Formnichtigkeit, wenn es im notariellen Kaufvertrage heißt, der Kaufpreis sei bezahlt, während er in Wahrheit durch Verrechnung getilgt ist. Zahlen bedeutet nicht bloß Barzahlung. (Vgl. oben a γ.) **c)** Abänderung, Aufhebung, Ergänzung des Vertrags. Vergleich (s. JDR. **8** Nr. II 1 c, **7** Nr. II 1 c, d, **6** Nr. I 1 d, g, **5** Nr. I 1 l, m, n, **4** Nr. II 1 i, k, **3** Nr. 6 a, **2** Nr. I 2 c, **1** Nr. I 20). α. SeuffA. **66** 55, SchlHolstAnz. **10** 313 (Kiel). Nicht um Auslegung, sondern um Ergänzung handelt es sich, wenn in dem notariellen Vertrage der Kaufgegenstand als derjenige Teil bezeichnet wird, welcher nicht durch einen anderen Vertrag an Dritte veräußert ist. Der notarielle Kaufvertrag ist daher nichtig. β. PosMSchr. **10** 37 (Königsberg). Die Vereinbarung, daß der Kaufpreis bis zur Auflassung hinterlegt bleiben solle, enthält eine sehr wesentliche Abänderung des Vertrags, da hierdurch nicht etwa bloß die Fälligkeit der Kaufgeldforderung hinausgeschoben, sondern die Vorleistungspflicht des Beklagten geändert wurde. Als Abänderung ist sie formbedürftig. Der Vertrag bleibt gemäß § 139 mit dem bisherigen Inhalte gültig bestehen. γ. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 907, JW. **10** 575, LeipzZ. **10** 462, WarnE. **3** 208, ZBlFG. **11** 214, R. **10** Nr. 1938. Ein Vergleich, welcher die vom Käufer nach rechtsgültig geschlossenem Kaufvertrag erklärte Anfechtungs- und Wandelungsabsicht beseitigt, bedarf der Form nicht. In **RG. 51** 179 handelt es sich nicht um einen Vergleich, ein gegenseitiges Nachgeben, sondern um eine einseitige Abänderung des Immobiliarvertrags in wesentlichen Stücken zugunsten des Käufers. δ. **RG.** R. **10** Nr. 851. Handelt es sich nicht um eine einfache Vertragsänderung,

sondern wird nachträglich eine Gegenleistung für die Eigentumsübertragung durch außergerichtlichen Vergleich geändert, so entfällt der Formzwang. **d)** Ermächtigung zu notariellem Abschlusse des Grundstückskaufs mit sich selbst gemäß § 181. DNotV. **10** 865. Es wird an den Aufsatz von Hallbauer, JDR. 8 § 313 Nr. I, angeknüpft. Ob § 181 im Falle des § 313 nicht Anwendung finden könne, wird bezweifelt und deshalb empfohlen, daß in solchem verdächtigen Falle Richter und Notar nach Art. 40 PrFGG. die entstandenen Zweifel über die Absicht des Erklärenden diesem mitteilen. **e)** Vollmacht zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundstücken (s. JDR. **8** Nr. II 1 d und e, **7** Nr. II 1 e, **5** Nr. II 1 d, **4** Nr. II 1 g, h, **3** Nr. I 5 e, **2** Nr. I 3, 8 und 9, **1** Nr. I 3, 10). α. **RG.** LeipzZ. **10** 395. Für die Frage der Formbedürftigkeit von Grundstücksveräußerungsverträgen an den Bevollmächtigten des Käufers kommt es darauf an, ob die Unwiderruflichkeit der Vollmacht rechtswirksam vereinbart ist. Wenn der Vollmacht ein Auftrag zugrunde liegt, so ist auch die Vollmacht widerruflich (§§ 671 I, 168) und die Unwiderruflichkeitsklausel daher unwirksam, da der Beauftragte und Bevollmächtigte kein eigenes Interesse hat. β. ElsLothJZ. **10** 22 (Colmar). Eine Urkunde, in der einer dem andern gegenüber unter Bestimmung für eine gewisse Frist sich verpflichtet, einer dritten bestimmten Person das Eigentum an Grundstücken zu übertragen, unterliegt der Formvorschrift, auch wenn die Urkunde ihrem Inhalt nach als Auftrag oder als Vollmacht sich darstellt. **f)** Hamm, DNotV. **10** 106 ff. Die Abtretung eines Anspruchs auf Auflassung ist an die Formvorschrift des § 313 BGB. gebunden; die entgegengesetzte Entscheidung **RG.** JDR. **2** Nr. I 8 widerspricht dem Zwecke der Formvorschrift und ist geeignet, deren Umgehung zu erleichtern. **g)** Vorkaufsrecht (s. JDR. **8** Nr. II 1 g, **7** Nr. II 1 g, **6** Nr. I 1 h, **5** Nr. II 1 a, **4** Nr. II 1 a, b, **3** Nr. I 5 h, **2** Nr. I 2 a, **1** Nr. 11, 12). **RG.** (VerZivils.) **72** 385, RheinARV. **10** 29. Der Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks eingeräumt wird, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Es handelt sich beim Berechtigten um eine potestative, beim Verpflichteten um eine sogen. gemischte Bedingung. Der Vorverkäufer hat seinen Willen endgültig erklärt und sich für den Fall der Vornahme des Verkaufs gebunden. In einem anderen Verhältnis, als es durch den Vorkaufsvertrag begründet ist, steht der Vorverkäufer zum Vorkäufer nicht. Der Kaufvertrag mit dem Dritten ist nicht vom Vorkäufer mitabgeschlossen und er kann deshalb die Grundlage der Berechtigung nicht sein. Unzutreffend ist die Ansicht, der Vorverkäufer verpflichte sich nicht dazu, an den Vorkäufer zu verkaufen, sondern nur dazu, ihm den Vorzug vor einem anderen Käufer zu geben. Die Tatsache, daß es zum Abschluß eines Kaufvertrags mit einem Dritten kommt, hat für das Rechtsverhältnis unter den Parteien des Vorkaufsvertrags keine andere Bedeutung als die der Erfüllung der Vertragsbedingung. Ist die Bedingung eingetreten, so hat der Vorkäufer nur den einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Nur auf diese Leistung kann geklagt werden und sie muß daher auch den Gegenstand der Verpflichtung bilden. Damit ist aus dem § 313 das Formerfordernis gegeben. **h)** Gesellschaftsverhältnis. Gesellschaft zwecks Erwerb und Weiterveräußerung von Grundstücken. Unterbeteiligung beim Gewinnbezuge (s. JDR. **8** Nr. II 1 h β, γ, δ, **7** Nr. II 1 h, **6** Nr. I 1 i, **5** Nr. II 1 k, **4** Nr. II 1 e, **3** Nr. I 5 f, **1** Nr. I 1 b). α. **RG.** LeipzZ. **10** 79 Nr. 1. Die Formvorschrift ist unanwendbar, wenn im Gesellschaftsvertrage keiner der Beteiligten eine Verpflichtung zur Übertragung übernommen hat, indem das zu parzellierende Grundstück niemals Eigentum eines Gesellschafters oder der Gesellschaft war, noch jemals werden sollte, vielmehr die Teilstücke von dem an der Gesellschaft

nicht beteiligten bisherigen Eigentümer unmittelbar an die Parzellenerwerber sollten aufgelassen werden. β. Ebenso betr. Unterbeteiligung **RG.** LeipzZ. **10** 79 Nr. 2, HoldheimsMSchr. **10** 66, DJZ. **10** 79. γ. **RG.** Gruchots Beitr. **54** 147, HoldheimsMSchr. **10** 66, LeipzZ. **10** 306. Der Gesellschaftsvertrag zu dem Zwecke, ein Grundstück zu kaufen und in Parzellen weiterzuverkaufen, unterliegt nicht der Formvorschrift. Es genügt die formlose Einigung über den Ankauf des Gutes auf gemeinsame Rechnung der Parteien zum Zwecke der Zerteilung und Weiterveräußerung. i) Verpflichtung zum Erwerb ohne Verpflichtung zur Veräußerung. α. Hamm, DNotV. **10** 106 ff. Die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. gilt nicht nur für die Verträge, durch die sich jemand zu Verkauf und sonstiger Übertragung von Grundeigentum, sondern auch für Verträge, durch die sich jemand zu Kauf und Übernahme von Grundeigentum verpflichtet. Auch der 5. Zivilsen. des **RG.** neigt im Gegensatze zum 7. Zivilsen. (JDR. **4** § 313 Nr. II 1 c) in einem nicht abgedruckten Urt. vom 22. Mai 1896 M. wider St. G. V. 554/05 zur Ausdehnung der Vorschrift auf Verpflichtungen zur Übernahme hin. β. *Wünschmann (vgl. bereits JDR. **8** Nr. II 1 i den kurzen Bericht). Die Frage „Kann man sich zum Erwerb eines Grundstücks formlos verpflichten?" wird verneint, weil es Verträge, durch die sich jemand zum Erwerbe verpflichtet, ohne daß eine entsprechende Veräußerungspflicht entsteht, entweder überhaupt nicht oder doch als gültige Rechtsgeschäfte nicht gibt. Ein Versprechen des Erwerbers, ein förmliches Angebot des Veräußerers anzunehmen, ist entweder das Angebot zum Veräußerungsvertrag oder bezweckt die Umgehung der Form oder richtet sich auf Herstellung der Form, ist also in jedem Falle formlos ungültig. In allen anderen Fällen muß der zum Erwerbe verpflichtende Vertrag zugleich die Möglichkeit zum Erwerb eröffnen und das kann nur geschehen durch Begründung einer (bedingten) Veräußerungspflicht. Das gilt auch vom Vertrage, der ein Vorkaufsrecht begründet und der deshalb der Form bedarf. Eine scheinbare Ausnahme bildet die facultas alternativa, ein Grundstück an Erfüllungsstatt zu geben. Der Vertrag, der sie einräumt, bedarf keiner Form. **k**) Schuldübernahme. Strohal, Schuldübernahme, IheringsJ. **57** 394/5 (vgl. § 414 zu I 1, § 415 zu I 1). Wird die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums von einem Dritten übernommen (§ 414), so ist die Beobachtung der Form des § 313 erforderlich.

2. Übergangsrecht (JDR. **8** Nr. II 4) s. Nr. III.

II. Satz 2. Heilung des Formmangels (s. JDR. **8** Nr. III, **7** Nr. II, **6** Nr. II, **5** Nr. III, **4** Nr. III, **3** Nr. II, **2** Nr. II, **1** Nr. II). 1. Voraussetzungen. **a**) Unabhängigkeit vom Fortbestehen des Einigungswillens. R. **10** Nr. 2172 (Rostock). Der Widerruf eines formlosen Kaufvertrags über ein Grundstück nach dessen Auflassung ist, wenn demnächst die Eintragung des Käufers in das Grundbuch erfolgt, wirkungslos. Die nach § 873 Abs. 2 bindend gewordene Einigung legt den Willen der Parteien derart fest, daß kein Teil die Eintragung einseitig mehr hindern kann. Die Eintragung übt daher auch die heilende Wirkung, die sie zusammen mit der Auflassung auf das Kausalgeschäft hat, unabhängig von dem Fortbestehen des Einigungswillens aus. Sie ist selbst kein Willensakt der Parteien, sondern verhilft nur demjenigen, das diese bei der Auflassung als ihren Willen erklärt haben, zur rechtlichen Wirksamkeit. **b**) Hinsichtlich formloser Nebenverträge. α. Hamm, DNotV. **10** 106 ff. Die Heilung gilt nicht nur für den Fall, daß überhaupt kein gerichtlicher oder notarieller Vertrag abgeschlossen ist, sondern auch für formlose Verträge, welche neben einem gerichtlichen oder notariellen Vertrage vereinbart sind, selbstredend allerdings nur dann, wenn, was im einzelnen Falle sorgfältig zu prüfen ist, die im Nebenvertrag enthaltene Willenseinigung noch bei der Auflassung und Ein-

tragung zwischen den Parteien bestanden hat (112). β. **RG.** JW. **10** 936 Nr. 6. Zur Heilung des Formmangels von formlosen, im notariellen Vertrage nicht enthaltenen Zusicherungen ist die Feststellung erforderlich, daß der Vertragswille der Parteien sich auch zur Zeit der Auflassung nicht nur auf den Inhalt des förmlichen Vertrags, sondern auch auf die formlose Vereinbarung bezogen hat. **c)** Auflassung ohne Vorlegung einer Urkunde (§ 98 GBO.). Hamm, DNotV. **10** 106, 484. Die Bundesstaaten, die von der Erlaubnis des § 98 GBO. Gebrauch gemacht, haben damit die Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich ausgeschlossen. Käme es — etwa infolge Versehens eines Beamten — doch zu einer Auflassung und Eintragung, so wird der Formmangel gemäß § 313 Satz 2 geheilt. Vgl. hierzu **d)** Bourier, DNotV. **10** 305, und **e)** Winkler, DNotV. **10** 675 (für Baden).

2. Wirkung und Rückwirkung. **a)** Wirkung. α. OLG. **20** 141 (Dresden). § 313 Satz 2 gilt auch für Verträge, die der Schriftform bedürfen. β. OLG. **20** 141 (Kiel). Die Heilung des Formmangels geht nicht so weit, daß, nachdem der formlose Vertrag durch Auflassung gültig geworden ist, der Käufer wegen verspäteter Auflassung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. **b)** Rückwirkung. Oertmann. Die Rückwirkung ist weder gemäß § 141, noch gemäß einer zu vermutenden Parteiabsicht begründet, sie wird aber auch nicht durch einen Umkehrschluß aus § 110 ausgeschlossen; die Frage ist aus inneren Gründen, durch Abwartung der Ergebnisse zu lösen und zu bejahen. (Abweichend vom Kommentare.)

3. Eintragung in anderen öffentlichen Büchern (vgl. auch unten III 2). **a)** *Kreß, BayNotZ. **10** 75 ff. Der V. Sen. des **RG. 64** 39 Anm. führt in seinem Urteile vom 30. 9. 03 aus, daß die Sonderbestimmung des § 313 Abs. 2 BGB. über die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung auf andere Arten der Vertragserfüllung überhaupt nicht anwendbar sei. Dies geht zu weit. Unbedenklich wird man die Einträge in jenen, in einer Reihe deutscher Bundesstaaten geführten öffentlichen Büchern, an deren Stelle das Reichsgrundbuch trat, dann den Einträgen in letzterem gleichwertig behandeln, ihnen also auch die heilende Kraft des § 313 Satz 2 beilegen müssen, wenn sie gleich letzteren Einträgen konstitutiven, das Eigentum nicht bloß beurkundenden, sondern verschaffenden Rechtscharakter hatten. Dies gilt vor allem von dem im Herrschaftsgebiete des Eigentumserwerbsgesetzes vom Jahre 1872 geführten preußischen Grundbüchern und auch von anderen partikularrechtlichen öffentlichen Büchern, z. B. von dem ehemaligen nassauischen Stockbuche, von dem in Rostock geführten Stadtbuch u. a., nicht dagegen z. B. von dem in Frankfurt a. M. geführten Transkriptionsbuche, nicht von dem bayerischen Hypothekenbuch u. a.; denn die Einträge in diesen Büchern hatten keine rechtserzeugende Kraft. Ebenso Habicht, Einwirkung (3) 455; Niedner, EGBGB. 396; Oberneck, Grundbuchrecht (3) I 25; Planck (3) VI 375; SeuffA. **56** Nr. 71 (Frankfurt); MecklZ. **22** 193 (Rostock). Daß insbesondere die Einträge in dem bayerischen Hypothekenbuche den Einträgen im Grundbuche nicht gleichgestellt werden können und deshalb mit der heilenden Kraft des § 313 Satz 2 nicht ausgestattet sind, entspricht konstanter Rechtsprechung des RG. (vgl. SeuffBl. **09** 734, R. **08** 2. Beil. 7, 16). **b)** Bayerische Verträge vor Anlegung des Grundbuchs. **RG.** VI. SeuffA. **65** 437, BayRpflZ. **10** 16 (vgl. bereits JDR. 8 Nr. III 6 a). Die im § 313 Satz 2 verlangte Eintragung im Grundbuche kann durch die Umschreibung des Besitztitels im Bayerischen Hypothekenbuche nicht ersetzt werden (vgl. **RG.** II. 224/07 v. 22. 11. 07 und noch strenger **RG.** V. **64** 39).

4. Heilung in den Schutzgebieten. **RG. 73** 273, LeipzZ. **10** 621. In dem formgerecht zustande gekommenen dinglichen Vertrag ist gemäß dem analog

anzuwendenden Satz 2 des § 313 BGB. eine Heilung des der vorgeschriebenen Form entbehrenden obligatorischen Grundgeschäfts zu finden (vgl. IV). Der § 18 Kais. VO. vom 21. 11. 02 spricht allerdings nur von der Übertragung des Eigentums an Grundstücken; es ist aber anzunehmen, daß der dort geregelte dingliche Vertrag die im § 313 Satz 2 BGB. vorgesehene Wirkung haben soll.

III. Formlose Verträge vor Anlegung des Grundbuchs. 1. **RG.** JDR. 8 Nr. II 4 jetzt auch BayRpflZ. **10** 16, SeuffA. **65** 437.

2. *Kreß — vgl. auch Nr. II 3 a. — Formwidrige vor dem 1. Januar 1900 in Bayern geschlossene Verträge waren wegen Verletzung des damals in Geltung befindlichen Notariatsgesetzes vom Jahre 1861 nichtig; doch war die Nichtigkeit keine absolute, konnte vielmehr nur mittels Klage oder Widerklage eines Kontrahenten geltend gemacht werden. Diese Nichtigkeit ist trotz inzwischen in Bayern erfolgter Einführung des Grundbuchrechts (Art. 189 EGBGB.) bestehen geblieben. Die heilende Wirkung des § 313 Satz 2 erstreckt sich auf solche Verträge nicht; denn die Frage, ob der Mangel geheilt wurde, kann nur nach dem Gesetz, unter dessen Herrschaft der Vertragsschluß stattfand, also nach dem bayerischen Rechte beurteilt werden, und dieses Recht kannte eine Heilung derartiger Mängel nicht. — Die in der Zwischenzeit vom 1. Januar 1900 bis zum Inkrafttreten des Grundbuchrechts (Art. 189 EGBGB.) in Bayern formwidrig geschlossenen Immobiliarkausalverträge sind, da das obligatorische Kausalgeschäft nunmehr dem Formzwange des § 113 Satz 1 unterliegt, absolut nichtig, und diese Nichtigkeit ergreift auch den dinglichen Übereignungsvertrag, da der ganze Vertrag als Einheit nicht zur Hälfte (obligatorischer Vertrag) nach Reichsrecht und zur Hälfte (dinglicher Vertrag) nach Landesrecht beurteilt werden kann und der Kausalvertrag den dinglichen Rechtsakt „regiert". Der letztere Grundsatz galt schon vor dem 1. Januar 1900 in Bayern, und das BGB. hat hieran nichts geändert. Aber auch diese Nichtigkeit ist trotz der inzwischen erfolgten Anlegung des Grundbuchs und der damit herbeigeführten Geltung des Grundbuchrechts (Art. 189 EGBGB.) gemäß § 313 Satz 2 nicht geheilt, da der Erklärung, „daß das Grundbuch als angelegt anzusehen sei", nicht die Bedeutung zukommt, daß der früher im bayerischen Hypothekenbuche, jetzt im Grundbuch eingetragene Eigentümer kraft Grundbuchrechts erworben habe. Der Eingetragene hat die Rechtsstellung des im Grundbuch, aber nicht des kraft Grundbuchrechts eingetragenen Erwerbers; er bleibt in der alten Rechtsstellung des Eigentümers, der nach altem, d. i. vor Einführung des Grundbuchrechts in Bayern anzuwendendem Rechte mittels notarieller Urkunde und Tradition sein Eigentum erworben hat; § 313 Satz 2 kann deshalb keine Anwendung finden (aA. Schneider, BayRpflZ. **05** 8 ff.).

IV. Verträge in den Schutzgebieten (s. oben Nr. II 4). **RG. 73** 273, LeipzZ. **10** 621. Aus den Vorschriften SchutzgebG. § 3, KonsGG. §§ 3, 19, 21, Kais. VO. v. 21. 11. 02 (RGBl. 283) ist zu entnehmen, daß nur der dingliche Vertrag abweichend geregelt ist und daß für das obligatorische Grundgeschäft auch in den Schutzgebieten § 313 BGB. zur Anwendung kommt.

§ 315. 1. Vgl. **RG.** LeipzZ. **10** 308 Nr. 8.

2. OLG. **20** 142 (Stuttgart). Die Bestimmung der Leistung nach freiem Belieben des Schuldners ist zwar zulässig. Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, daß das billige Ermessen desjenigen, der die Leistung zu bestimmen hat, entscheidet.

3. KfmGJ. **2** 249 Nr. 119 (KfmG. Berlin). Bestimmung des Betrages der Weihnachtsgratifikation nach billigem Ermessen, wenn sich der Prinzipal die Bestimmung ihrer Höhe vorbehalten hat.

§ 317. 1. SeuffA. **65** 7 (Dresden). Die Entscheidung einer dreigliedrigen Sachverständigenkommission in Versicherungssachen braucht nicht einstimmig zu erfolgen. Nach dem erkennbaren Willen der

Parteien geht der Sinn der Versicherungsbedingungen dahin, daß die Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß rechtswirksam sollte erfolgen dürfen.

2. R. **10** Nr. 494 (Hamburg). Ist in einem schriftlichen Annoncenauftrage gesagt „Der Entwurf resp. Text der Annonce bleibt dem Vertreter des Herausgebers der Zeitung überlassen", so ist damit zum Ausdrucke gebracht, daß der Entwurf des Inserats auch in seiner äußeren Erscheinung, also auch in seiner Größe, von dem Vertreter der Zeitung bestimmt werden sollte und zwar von dem Vertreter als einem Dritten im Sinne des § 317. Der Besteller hatte also das Recht, die Bestimmung des Vertreters abzulehnen, nur dann, wenn diese Bestimmung offenbar unbillig war.

§ 319. 1. Offenbare Unbilligkeit. **RG.** LeipzZ. **10** 547, R. **10** Nr. 2173. Offenbar unbillig ist ein Ergebnis, das ersichtlich von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht (vgl. § 64 VVG.), dessen augenfällige Unrichtigkeit von jedem zur Nachprüfung Befähigten ohne weiteres erkannt werden kann. Es genügt nicht, daß andere Sachverständige zu einem anderen Schlusse gelangen, vielmehr muß es sich um einen groben Irrtum in den angefochtenen Gutachten, um eine auf der Hand liegende Sachwidrigkeit handeln.

2. SeuffA. **65** 7 (Dresden). Die Vereinbarung des Ausschlusses des Rechtswegs für die Entscheidung einer sogen. Sachverständigenkommission in Versicherungssachen ist zulässig.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Vorbemerkung: Den breitesten Raum nimmt, wie stets, der Bericht über § 326 ein. Er enthält zahlreiche Entscheidungen über die Fristsetzung (§ 326 Nr. 5) und insbesondere über die Sukzessivlieferungsgeschäfte (§ 326 Nr. 4). Viel Material hierüber ist in der Abhandlung von Caesar (§ 326 Nr. 4 a, c α) verarbeitet. Caesar empfiehlt aus praktischen Gründen eine möglichst zurückhaltende Gewährung der Rücktritts- und Schadensersatzbefugnis. — Hoeniger (§ 326 Nr. 10) entscheidet die wichtige Frage, ob der Gläubiger während des Rechtsstreits von der Erfüllungs- zur Schadensersatzklage übergehen kann, bejahend gegen **RG.**

§ 320. Literatur: Goldberger, Betrachtungen über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, SeuffBl. **10** 165.

1. Grundsätzliches. Anwendungsgebiet. a) Anwendbarkeit beim Verkauf eines nicht bestehenden Rechtes. **RG. 73** 210, R. **10** Nr. 1925. Die Vorschriften §§ 320—327 treffen allerdings nicht unmittelbar den Tatbestand des Verkaufs eines nichtbestehenden Rechtes, in welchem Falle die Unmöglichkeit der Leistung von Anfang an vorhanden ist und nicht erst nach dem Vertragsschluß eintritt. Aus dem Grundgedanken der §§ 320 f. ist aber zu folgern, daß beim Verkauf eines nichtbestehenden Rechtes der Käufer berechtigt ist, anstatt das Erfüllungsinteresse zu fordern, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. b) *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse (Berlin 1910) 25 ff. Die Lieferung einer geschuldeten bestimmten Sache, die mangelhaft ist, ist Erfüllung des Vertrags; die Einrede d. n. e. V. ist unzulässig. c) OLG. **20** 143 (Kiel). Fraglich ist, ob § 320 auf positive Vertragsverletzungen anzuwenden ist. In jedem Falle muß es sich dann aber um eine Verletzung von solcher Bedeutung handeln, daß sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet. d) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als verhüllte Geltendmachung eines Rücktrittsrechts. *Goldberger. α. Eine mißbräuchliche, in der Praxis jedoch nicht selten vorkommende Anwendung der Bezeichnung „Einrede des nichterfüllten Vertrags" ist es, wenn man von dieser auch dann spricht, falls Beklagter sich darauf beruft, daß ihm in Anbetracht der Nichtleistung des Klägers seinerseits eine Leistungspflicht

nicht mehr obliege (**RG. 58** Nr. 45). Die Eigentümlichkeit der technischen Einrede des nichterfüllten Vertrags liegt vielmehr gerade darin, daß sie lediglich eine verzögerliche ist, daß der Beklagte seine Leistung nur bis zur Bewirkung der Gegenleistung, demnach nur bedingt verweigern will. Zur besseren Klarstellung des Wesens der Einrede schlägt Verf. vor, derselben den Namen „Einrede des noch nicht erfüllten Vertrags“ zu geben. Ein untrügliches prozessuales Erkennungsmittel dafür, welcher Art die erhobene Einwendung ist, bietet der vom Beklagten gestellte Antrag. Verbindet der Beklagte nämlich mit der (alsdann fälschlich sogen.) „Einrede des nichterfüllten Vertrags“ den Antrag auf Klagabweisung, so liegt die verhüllte Geltendmachung eines Rücktrittsrechts vor und ist der Beklagte, mangels des von ihm zu führenden Beweises der Voraussetzungen eines solchen, zur Leistung unbedingt zu verurteilen, auch wenn bei Vorschützung der echten Einrede nur Zug-um-Zug-Verurteilung am Platze gewesen wäre. Nur dann ist die Einrede des noch nicht erfüllten Vertrags erhoben, wenn der Antrag des Beklagten auf Verurteilung Zug um Zug, mindestens eventuell, gestellt ist (V. der Abhandlung). β. Bei Unmöglichkeit der klägerischen Leistung empfiehlt es sich für den Beklagten, gegenüber dem auf unbedingte Verurteilung lautenden Klagantrag an Stelle des Unmöglichkeitseinwandes die Einrede des noch nicht erfüllten Vertrags zu erheben. Im praktischen Ergebnisse steht im gedachten Falle eine Zug-um-Zug-Verurteilung der Klagabweisung gleich. Jene Art der Verteidigung enthebt den Beklagten aber der Beweislast (VI. der Abhandlung). e) *Goldberger. α. Durch einen vorgängigen Annahmeverzug des Beklagten wird die Geltendmachung der Einrede für ihn nicht ausgeschlossen, da eine solche Folge des Annahmeverzugs gesetzlich nicht normiert ist. Will der Gläubiger dem in Annahmeverzug geratenen Schuldner die Einrede abschneiden, so muß er die ihm obliegende Gegenleistung auf Grund von § 372 Satz 1 BGB. unter Rücknahmeverzicht hinterlegen. β. Immerhin ist der Annahmeverzug des Beklagten in den Fällen, in denen dieser Klagantrag auf Verurteilung Zug um Zug gerichtet wird, im Hinblick auf § 93 ZPO. für den Kostenpunkt von Bedeutung (167/168). f) Über die Prozeßkostenpflicht, wenn der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, s. zu §§ 92, 93 ZPO. g) SeuffA. **65** 220, SchlHolstAnz. **10** 75 (Kiel). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist auch beim Viehkaufe zulässig und kann auch auf andere als die in der Kais. VO. vom 27. März 1899 aufgeführten Hauptmängel gestützt werden.

2. Einzelfälle. a) **RG.** R. **10** Nr. 2351. Wenn zwei Kaufleute sich gegenseitig zum Warenbezuge voneinander verpflichten, so kann der auf Zahlung der von ihm bezogenen Waren belangte Vertragsteil wegen der dem anderen Teile obliegenden Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises für die von ihm zu beziehenden Waren für gewöhnlich weder aus §§ 320 ff. noch aus § 273 Rechte herleiten. b) **RG.** SeuffA. **65** 440, FrankfRundsch. **44** 7, R. **10** Nr. 2794. Wegen nicht erfüllten Vertrags kann nur die gegenüberstehende Gegenleistung zurückbehalten werden. Der Anspruch auf Herausgabe der Geschäftsbücher der Klägerin und auf Erteilung von Auskunft über ihre in den Händen des Beklagten befindlichen Geschäftspapiere und der Anspruch des Beklagten, der jene Bücher geführt hat, auf Vergütung für die Buchführung stehen nicht in solchem synallagmatischen Verhältnisse. Der Beklagte kann sich lediglich auf § 273 BGB. stützen. c) SeuffA. **66** 57 (Braunschweig). Durch die Klausel „Netto Kasse“ wird nicht nur das Verbot des Skontoabzugs vereinbart, sondern außerdem die Pflicht des Käufers zur sofortigen Zahlung bei Abnahme begründet. d) **RG. 73** 257, JW. **10** 469, DJZ. **10** 765. Durch Vereinbarung der Arbitrageklausel wird die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ausgeschlossen. Der Käufer muß auch eine mangelhafte Ware als Vertragserfüllung annehmen und kann nur Minderung verlangen. e) SeuffA. **65** 262, R. **10**

Nr. 2495 (Darmstadt). Gegenüber der Kaufpreisforderung ist die völlige Zurückbehaltung nur dann gerechtfertigt, wenn der Verkäufer die Gegenleistung vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt. f) Dagegen HessRspr. **11** 123 (LG. Darmstadt). Auch bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichterfüllung eines Teiles der Leistung kann die in Geld bestehende Gegenleistung nicht ohne weiteres ganz, sondern nur zu einem dem Interesse des Vertragsgegners an dem ausstehenden Teile der Leistung entsprechenden Verhältnisse zurückbehalten werden, wenn der Vertragsgegner die Teilleistung angenommen hat und die Leistung des ausstehenden Teiles noch möglich ist.

§ 321. Literatur: Stahl, Die sog. clausula rebus sic stantibus im BGB. München 1910.

1. Die clausula rebus sic stantibus. a) Als allgemeines Prinzip. *Stahl. Die clausula findet sich außer in den auch von der herrsch. M. anerkannten Fällen der §§ 321 und 610 auch noch in den §§ 27 II, 519 I, 530, 542 I, 553, 570, 605, 626, 671 III, 696, 712, 723, 749 II, 775, 1468/9, 1542, 1565/69, 2294 BGB. Das BGB. hat demnach die clausula als allgemeines Prinzip in seinem gesamten Vertragsrecht anerkannt (49). Die Bedeutung dieser Tatsache liegt in der Möglichkeit analoger Verwendung dieser Vorschriften, insbesondere der §§ 321 und 610 (72 ff.). b) Kraft stillschweigender Parteiabrede. SeuffA. **66** 32 (Breslau). Bei Kreditverlängerungsgeschäften und Prolongationsabreden ist, da bei diesen das Vertrauen auf die Vermögenslage des Schuldners besonders wichtig ist, im Zweifel als stillschweigende Parteiabrede zu erachten, daß, wenn nachträglich die Vermögensverhältnisse des Schuldners sich wesentlich verschlechtern, dem Darleiher das Recht gegeben ist, die Prolongationszusage zu widerrufen. Dies gilt besonders im Wechselverkehre. c) Voraussetzungen. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 263, BankA. **10** 62, R. **10** Nr. 1230. Entscheidend ist die objektive Sachlage, d. h. die Verhältnisse, wie sie zur Zeit des Erfüllungsverlangens des Gläubigers liegen und in den beteiligten Verkehrskreisen bewertet werden, im Gegensatze zu der individuellen vielleicht übertriebenen Besorgnis des zur Vorleistung Verpflichteten. Letztere berechtigt zur Leistungsverweigerung nicht.

2. HansGZ. **10** Hauptbl. 140 (Hamburg). Bei einer wesentlichen Veränderung in den Verhältnissen des Käufers hat der Verkäufer, der sonst vorzuleisten gehabt hätte, nur eine Einrede hiergegen. Er gewinnt nicht das Recht, seinerseits auf Leistung Zug um Zug oder Sicherheitsleistung des Käufers zu klagen.

3. Sicherheitsleistung. a) OLG. **20** 144, R. **10** Ziff. 1339 (Dresden). Es wird dem Gläubiger kein klagbares Recht auf Sicherheitsleistung im Sinne des § 30 KO. eingeräumt, sondern nur ein Verweigerungsrecht. b) OLG. **20** 144 (Dresden). Die Forderungsabtretung gehört nicht zu den im § 321 vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln.

§ 322. 1. Über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags s. oben § 320, insbesondere Nr. 1 d—f.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 291 Nr. 13. Der Umstand, daß der Verkäufer seinerseits den Vertrag noch nicht erfüllt hat und auch nicht erfüllungsbereit ist, hat noch nicht die Folge, daß die Klage auf Zahlung des Kaufpreises abgewiesen wird, sondern es hat auf die Einrede des Käufers hin die Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zu erfolgen. Der Mangel der Erfüllungsbereitschaft kann in solchen Fällen nur Einfluß auf die Entscheidung über die Prozeßkosten insofern haben, als der Käufer zur Klage keine Veranlassung gegeben hat.

§ 323. 1. Über den Begriff der Unmöglichkeit s. oben zu § 275 No. 1.

2. Ursprüngliches Unvermögen. SeuffA. **65** 224 (Braunschweig). Bei dauerndem ursprünglichen Unvermögen kann nach all-

gemeinen Rechtsgrundsätzen der Gläubiger Schadensersatz fordern, ohne zuvor den Anspruch auf Leistung geltend zu machen.

3. Über den Vorteil der Erhebung der sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrags an Stelle des Einwandes der Unmöglichkeit vgl. Goldberger zu § 320 Nr. 1 d (Ziff. 2).

4. Entsprechende Anwendung von § 323 bei sog. Kompensation des Verschuldens s. u. zu § 325 Ziff. 2.

§ 324. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 849, R. **10** Nr. 3718. Bei Beantwortung der Frage, welche der Vertragsparteien im einzelnen Falle die Unmöglichkeit einer Vertragsleistung zu vertreten hat, sind nicht ausschließlich die diese Unmöglichkeit unmittelbar bewirkenden Tatsachen, sondern auch die gesamten Umstände des Falles, also auch solche Tatsachen zu berücksichtigen, welche diese Unmöglichkeit mittelbar herbeigeführt haben.

2. HansGZ. **10** Beibl. 61 (Hamburg). Wenn die Unmöglichkeit der Leistung durch beide Teile verschuldet ist, so ist zu untersuchen, durch wessen Verschulden der Schaden vorwiegend verursacht worden ist, um dadurch zu ermessen, ob § 324 oder § 325 ganz oder teilweise anzuwenden ist.

3. Anwendbarkeit auf den Mäklervertrag, vgl. § 652 No. I.

4. *Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 126. Der Gläubiger braucht, selbst wenn die Leistung zu einer Zeit, in der er sich in Annahmeverzug befindet, unmöglich wird, nicht zu zahlen, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auch ohne den Annahmeverzug eingetreten wäre und dann der Schaden den Schuldner getroffen hätte. Vgl. zu § 644.

§ 325. 1. Wer hat die Unmöglichkeit zu vertreten? **RG.** JW. **10** 805, 5, R. **10** Nr. 3163. Es kommt nicht ausschließlich auf die die Unmöglichkeit unmittelbar bewirkende Tatsache, sondern auf die gesamten Umstände des Falles an, also auch auf solche Tatsachen, welche die Unmöglichkeit mittelbar herbeigeführt haben. Ist der Vertragschließende, welcher die die Unmöglichkeit unmittelbar bewirkende Handlung vorgenommen hat, hierzu durch das vertragswidrige Verhalten des anderen derart veranlaßt worden, daß diese Handlung nach Treu und Glauben als durch die Umstände gerechtfertigt erscheint, so hat nicht der erstere, sondern der letztere, dessen Vertragswidrigkeit als wirkende Ursache der eingetretenen Unmöglichkeit anzusehen ist, diese zu vertreten.

2. Kompensation des Verschuldens. **RG.** JW. **10** 936 Nr. 8, R. **10** Nr. 3461. Wird die Unmöglichkeit der Leistung infolge zweier Umstände unmöglich, von denen jeder Vertragsteil den einen zu vertreten hat, so ist eine sog. Kompensation des Verschuldens anzunehmen und § 323 entsprechend anzuwenden.

3. § 325 als allgemeiner Rechtssatz. **RG. 73** 58 (63), R. **10** Nr. 1231. Der Rechtssatz, daß keine Vertragspartei die auf Grund eines zweiseitigen Vertrags empfangene Teilleistung endgültig behalten kann, ohne zu der entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein, ist keine Besonderheit des § 325, er enthält vielmehr einen allgemeinen, nur in Einzelfällen durchbrochenen Grundsatz. Er ist insbesondere auch anwendbar im Falle des § 17 KO.

4. a) GewuKfmG. **16** 8 Nr. 2 (GG. Reinickendorf). Ein Streik der Arbeiter ist kein Umstand, den der Arbeitgeber gegenüber den anderen nicht ausständigen Arbeitern als schuldhaft zu vertreten hat. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Verhalten des Arbeitgebers ein offenbar ganz ungerechtfertigtes ist. b) Vgl. hierzu ebenda **16** 10 Nr. 3 (GG. Lechhausen).

§ 326. Literatur: Caesar, Die rechtliche Natur des Ratenlieferungsgeschäfts, HoldheimsMSchr. **10** 31 ff., 49 ff., 184 ff. — Frankenburger, Erfüllungsverzug be

Handelsgeschäften, SeuffBl. **10** 344. — Hoeniger, Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, ABürgR. **35** 267.

1. Verzug (s. JDR. 8 Nr. 5, **7** Nr. 3, **5** Nr. 1, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1). a) Im allgemeinen, vgl. § 284. b) Beim Sukzessivlieferungsgeschäft vgl. Nr. 4.

2. Leistung im Sinne des § 326 (Hauptleistung) (s. JDR. 8 Nr. 6, **7** Nr. 4, **6** Nr. 3, **5** Nr. 2, **4** Nr. 2, **3** Nr. 2). a) **RG.** JW. **10** 750 Nr. 7. Eine Abnahmeverpflichtung ist als eine die Anwendung des § 326 rechtfertigende Hauptleistung anzusehen, wenn es sich um die Abnahme eines ganzen Handelsgeschäfts handelt und außerdem behufs Feststellung des Kaufpreises die ganzen Warenbestände aufzunehmen waren. b) SeuffA. **66** 57 (Braunschweig). Wenn auch der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein regelmäßig zur Anwendbarkeit des § 326 nicht ausreicht, so doch jedenfalls dann, wenn damit ohne weiteres der Zahlungsverzug verbunden erscheint. Das ist anzunehmen, wenn Zug um Zug zu leisten ist. Wenn dann der Käufer sich nur unter exrtragswidrigen Bedingungen zur Abnahme bereit erklärt, so kann der Verkäufer zuücktreten.

3. Positive Vertragsverletzungen (s. auch oben § 276 Nr. 4 c) v(s. JDR. **8** Nr. 7, **7** Nr. 5, **6** Nr. 1, **5** zu §§ 325 ff. Nr. 4, 6, 10, § 326 Nr. 4, **4** Nr. 4, **3** Nr. 4, **2** Nr. 5, **1** Nr. 5). a) OLG. **20** 143 (Kiel). Obwohl dem Verkäufer eines Geschäfts ein allgemeines Konkurrenzverbot im Kaufvertrage nicht auferlegt ist, begeht er doch eine positive Vertragsverletzung, wenn er unter Ausnutzung seiner alten Beziehungen in den Kundenbestand eingreift und dem Käufer die Kunden entzieht. b) Berechnung des Schadens bei positiver Vertragsverletzung. **RG.** R. **10** Nr. 1503. Die Berechnung des Schadens des Verkäufers lediglich als Differenz zwischen dem von dem Käufer geschuldeten Kaufpreis und dem Erlös eines von dem Verkäufer vorgenommenen Selbsthilfeverkaufs (§ 373) ist nicht zulässig, wenn es sich um einen Anspruch aus unberechtigtem Rücktritte wegen positiver Vertragsverletzung handelt.

4. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. JDR. 8 Nr. 8, **7** Nr. 6, **6** Nr. 2, **5** zu §§ 325 ff. Nr. 2—10, § 326 Nr. 3, **4** Nr. 3, **3** Nr. 3, **2** Nr. 6). a) Begriff des Sukzessivlieferungsvertrags. Caesar. Der Sukzessivlieferungsvertrag ist nach seinem Wesen einheitlicher Lieferungsvertrag mit sukzessiver Erfüllung der Verkäuferverpflichtung. Charakteristisch sind die häufig gebrauchten, meist ungenauen Bestimmungen hinsichtlich Menge, Zeit und Preis, wofür Caesar zahlreiche Beispiele aus der Praxis gibt. Ebenso werden sämtliche Klauseln und Schlagworte besprochen, welche das Merkzeichen eines Sukzessivlieferungsgeschäfts sind. — Nicht dazu gehören die sog. Zuleitungsverträge, d. h. die Verträge über Lieferung von Gas, Elektrizität, Wasser, Dampf. Es sind das Vorverträge, die auf den Abschluß von einzelnen Hauptverträgen gerichtet sind. Dagegen ist der Bierlieferungsvertrag ein Sukzessivlieferungsgeschäft. b) Verzug beim Sukzessivlieferungsgeschäft. α. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. (3. und 4. Auflage. Berlin 1910.) Note 3 a zu § 326 macht folgende Unterscheidung. Hat der Schuldner überhaupt noch nicht geleistet, und kommt er hernach mit einer oder mehreren Raten in Verzug, so liegt Totalverzug vor. Hat er bereits frühere Raten geleistet, so ist nur Teilverzug mit seinen gewöhnlichen Wirkungen gegeben. „Der Ansicht des RG. ist also insoweit im Ergebnis beizutreten, freilich nicht auf Grund eines — unerfindbaren — Sonderrechts der Sukzessivlieferungsgeschäfte.“ Aber hinsichtlich der früheren Teilleistungen kann wegen des späteren Verzugs ein Rücktrittsrecht dann nicht anerkannt werden, wenn der Gläubiger sie bereits bestimmungsgemäß verwendet hat. β. Frankenburger 346. c) Rücktritt und Schadens-

ersatz beim Sukzessivlieferungsgeschäft. Wann ist der Vertragszweck gefährdet? α. Caesar 184 ff. Die Anschauung, daß der Schuldnerverzug mit nur einer Rate den Vertragsgegner ohne weiteres zum Rücktritt und Schadensersatzanspruch hinsichtlich der sämtlichen Restraten berechtigt, ist irrig. Dies ist nur ausnahmsweise dann der Fall, wenn die Billigkeit verlangt, daß bei erheblicher Gefährdung des Vertragszwecks der nicht säumige Teil aus dem Rechtsverhältnis entlassen wird, so wenn nach eigener Erklärung oder den Umständen der Lieferungsverpflichtete für eine erhebliche Zeit außerstande ist, zu erfüllen oder wenn sich der Abzugsverpflichtete durch Spezifikations-, Abrufs- oder Zahlungsverweigerung oder dergleichen absichtlich über den Vertrag hinwegsetzt. Für die Regelfälle ist die herrschende Meinung jedoch abzulehnen. Caesar belegt seine Meinung mit einer Reihe Gutachten von Firmen aus verschiedenartigen Branchen. β. **RG.** Gruchots Beitr. **54** 911. Eine wiederholte positive Vertragsverletzung ist keine unbedingte rechtliche Voraussetzung für das Rücktrittsrecht, vielmehr kann zur Begründung dieses Rechtes auch eine einzige Vertragsverletzung im Hinblick auf ihren Umfang, ihre Schwere oder ähnliche Umstände genügen, in welcher Hinsicht es auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles ankommt. γ. **RG.** LeipzZ. **10** 463, R. **10** Nr. 2497. Gefährdung des Vertragszwecks liegt erst dann vor, wenn trotz Beschwerde die Lieferung vertragswidriger Ware in einer Weise fortgesetzt wird, daß der Käufer an weiteren Lieferungen kein Interesse mehr hat. Vorliegend ist aber anzunehmen, daß eine einmalige Beanstandung der Ware genügt haben würde, den Verkäufer zu vertragsmäßiger Lieferung zu veranlassen. δ. **RG.** LeipzZ. **10** 547, HoldheimsMSchr. **10** 292, R. **10** Nr. 2499. Solange es sich nur um einen verhältnismäßig geringfügigen Teil der Lieferungen handelt, ist nicht abzusehen, wie der Beklagte sich verhalten haben würde, wenn ihm so weittragende Folgen in Aussicht gestellt worden wären, wie sie jetzt vom Kläger geltend gemacht werden. Gerade für solche Fälle ist die Nachfristsetzung erforderlich. **d)** Mangelhafte Lieferung. α. **RG.** LeipzZ. **10** 472 Nr. 3. Positive Vertragsverletzung durch andauernde Lieferung mangelhafter Ware bei einem Sukzessivlieferungsvertrage. β. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 296. Es lag ein berechtigter Grund zum Rücktritte vor, da von den gelieferten Apparaten mehr als die Hälfte sich als unbrauchbar erwies und der Beklagte sich weder auf die Beseitigung der Mängel einlassen, noch überhaupt die Vertragswidrigkeit seiner Arbeit einräumen wollte. γ. **RG.** LeipzZ. **10** 472 Nr. 3). Gelten die Lieferungen kraft der gesetzlichen Fiktion des § 377 HGB. als genehmigt, dann kann der Käufer auf die angeblichen Mängel sich nicht mehr berufen und danach aus ihnen auch nicht mehr folgern, daß der Vertragszweck gefährdet sei, es sei denn, daß ihm die aus der Mangelhaftigkeit zustehenden Rechte durch einen Verzicht des Verkäufers auf die Geltendmachung der Genehmigung erhalten geblieben sind. Dabei ist übrigens nicht erforderlich, daß der Käufer jede einzelne Sendung ordnungsmäßig beanstandet hat, er darf nur nicht alle Lieferungen durch Unterlassung der gehörigen Rüge genehmigt haben. Ein solcher Verzicht liegt vor, wenn der Verkäufer, allerdings ohne die Vertragswidrigkeit der Ware anzuerkennen, sich vorbehaltlos bereit erklärt, die angeblich mangelhafte Ware zurückzunehmen und für die Ware, die er noch für den Käufer am Lager habe, einen anderen Käufer zu suchen. **e)** Verletzung anderer Vertragspflichten. α. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 911, LeipzZ. **10** 395. Die Anwendbarkeit der Grundsätze über positive Vertragsverletzungen ist auch, soweit es sich um die Erfüllung der Vertragspflichten des Verkäufers handelt, keineswegs auf Fälle vertragswidriger Leistung zu beschränken, sondern es kann auch die Verletzung anderer Vertragspflichten desselben dann, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, die Anwendung der fraglichen

Grundsätze rechtfertigen. β. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 911. Der Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung ist für berechtigt erklärt worden in einem Falle, wo sich die Klägerin durch zwei mittels Unterbietens des Beklagten bei einem seiner Kunden zustande gekommene bedeutende Verkäufe an diesen zweier umfangreicher und wegen des darin liegenden Verstoßes gegen Treu und Glauben besonders schwerer Vertragsverletzungen schuldig gemacht hat, so daß dem Beklagten die Erreichung des von ihm mit dem Abschlusse des Lieferungsvertrags verfolgten Zweckes — nämlich die von der Klägerin zu liefernde Ware mit Gewinn an seine Kunden weiterzuverkaufen — unmöglich gemacht worden und das Vertrauen des Beklagten darauf, daß die Klägerin künftig die in Frage stehende Vertragspflicht erfüllen und ihm so ein nutzenbringender Absatz der rückständigen Warenmenge möglich sein werde, tief erschüttert werden mußte. γ. **RG.** FrankfRundsch. **44** 105. Eine positive Vertragsverletzung liegt der Regel nach in der Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung eines Lieferungsvertrags, anderen Abnehmern nicht zu gleich billigem Preise zu liefern. Eine solche Abrede ergibt aus sich selbst ohne weiteres, daß mit Zuwiderhandlungen sich eine Beeinträchtigung des Vertragszwecks für die Beklagte verknüpfte. Nicht für diese Annahme bedarf es des besonderen Anhalts, sondern die entgegengesetzte Annahme, daß trotz Zuwiderhandlungen eine solche Beeinträchtigung nicht herbeigeführt worden sei, konnte nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn besondere Umstände einen Anhalt hierfür boten. δ. **RG.** WarnE. **3** 441, R. **10** Nr. 3902. Die Berechtigung des Verkäufers zum Rücktritte wegen allgemein illoyalen Verhaltens des Käufers ist zwar unter Umständen anzuerkennen; es ist dabei aber, da die Aufrechterhaltung der Verträge mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit in erster Reihe in Betracht kommt, immerhin ein strenger Maßstab anzulegen, so daß beispielsweise Beleidigungen durch die geschäftliche Korrespondenz allein in der Regel keinen hinreichenden Grund zur Weigerung der Vertragserfüllung geben werden. **f)** Erfüllungsweigerung. **RG.** JW. **10** 12, R. **10** Nr. 37. Die Erfüllungsweigerung muß nach den Umständen des Falles als eine entschiedene und endgültige anzusehen sein und auch von dem Gegenkontrahenten angesehen werden. **g)** Stellung willkürlicher Bedingungen. **RG.** Gruchots Beitr. **54** 628, LeipzZ. **10** 214 Nr. 13, R. **10** Nr. 495. Der unbedingten Erklärung, eine Leistung werde nicht angenommen werden, steht es gleich, wenn unter Aufstellung willkürlicher Bedingungen, welche die Erfüllung des Vertrags wesentlich beeinflussen oder erschweren oder gar fast unmöglich machen, erklärt wird: eine Leistung, die anders ausfalle, als es jener willkürlichen Bedingung entspreche, werde nicht als Erfüllung gelten gelassen und nicht angenommen werden, die Ware werde dann nicht abgenommen und nicht bezahlt werden. **h)** Geltendmachung der Vertragsverletzung trotz früherer Anfechtung. **RG.** FrankfRundsch. **44** 105, R. **10** Nr. 2352. Der Umstand, daß eine Vertragspartei zunächst unbegründeterweise den Vertragsabschluß bestritten und den Vertrag angefochten hatte, kann nicht ihre Befugnis beeinträchtigen, alle für sie aus dem Vertrag entspringenden Rechte, z. B. das Recht zum Rücktritte wegen positiver Vertragsverletzungen der anderen Parteien, geltend zu machen. **i)** Vertragsstrafe bei einem Sukzessivlieferungsvertrage vgl. § 339 Ziff. 2.

5. Fristsetzung (s. JDR. **8** Nr. 9, **7** Nr. 7, **6** Nr. 4, **5** Nr. 5, **4** Nr. 5, **3** Nr. 5, 2 Nr. 8). **a)** Art der Fristsetzung. α. **RG.** JW. **10** 183, HoldheimsMSchr. **10** 117, R. **10** Nr. 667. Eine Fristsetzung unter Androhung von Schadensersatzansprüchen und unter Hinweis, daß auf Erfüllung bestanden werde, entspricht dem Gesetze nicht. β. **RG.** JW. **10** 183, HoldheimsMSchr. **10** 117, R. **10** Nr. 667 — in Bestätigung von OLG. **20** 146, R. **10** Nr. 1340 (Colmar). Zur Ausübung der

Rechte aus § 326 ist erforderlich, daß mit der Nachfristsetzung zur Erfüllung die Erklärung abgegeben wird, daß im Falle der Nichterfüllung binnen der gesetzten Frist die Annahme der Leistung abgelehnt wird. Eine spätere hierauf gerichtete Erklärung kann die Rechte des § 326 nicht begründen. γ. **RG.** JW. **10** 332 Nr. 7, LeipzZ. **10** 395 Nr. 11, R. **10** Nr. 1070. Ebenso wie nichts im Wege steht, die Mahnung und die Fristbestimmung zu verbinden (vgl. **RG. 50** 255), kann in demselben Akte auch die zur Herbeiführung der Fälligkeit etwa noch notwendige Erklärung abgegeben werden. δ. **RG.** WarnE. **3** 445, R. **10** Nr. 4061. Die Frist braucht nur so bemessen zu sein, daß der Säumige die bereits begonnene Erfüllung zu vollenden in der Lage ist; sie braucht nicht so lang zu sein, daß sie ausreicht, um die erst jetzt in die Wege zu leitende Bewirkung der Leistung zu vollenden. ε. Fristsetzung unter unrichtiger Angabe des Erfüllungsorts beim Übersendungskaufe. **RG.** JW. **10** 283, LeipzZ. **10** 292 Nr. 14, HansGZ. **10** Hauptbl. 189. Die unrichtige Fristsetzung ist nicht derart, daß sie an sich schon den Verkäufer in einen Irrtum über die Dauer der Nachfrist hat versetzen können und daher zur Verneinung der Angemessenheit der Nachfrist führen muß. Das ist nicht der Sinn der Entsch. des **RG.** JDR. **7** Ziff. 7 c. Vielmehr ist zunächst klarzulegen, welche Frist als angemessen zu erachten ist; erst jetzt ist verneinendenfalls die Feststellung zulässig, daß die gesetzte Frist zu kurz gewesen ist und daß die an deren Stelle als angemessen zu erachtende längere Frist von dem Verkäufer eingehalten worden ist. Die Prüfung der Angemessenheit darf das Gericht auch nicht als schwierig wegen der vorzunehmenden Berechnung ablehnen, sondern es muß nach § 286 ZPO. verfahren. (Im vorliegenden Falle bedarf es lediglich der Ermittelung der Fahrtdauer der Ware von Berlin [Erfüllungsort] nach Hamburg [Bestimmungsort], wie sie sich der Verkäufer unter den gegebenen Umständen vorzustellen hatte; danach ist sodann zu ermitteln, welche Nachfrist für die Ablieferung am Erfüllungsort als angemessen zu erachten war.) ζ. BadRpr. **10** 27 (Karlsruhe). Unwirksam ist die Setzung der Frist derart, daß sie schon vor Beginn des Verzugs beginnt und mit dessen Beginn abläuft. **b)** Wirkungen der Fristsetzung. α. **RG.** WarnE. **3** 445, R. **10** Nr. 4061. Bei fruchtlosem Verstreichen der Nachfrist treten die Wirkungen des § 326, abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen (Planck § 326 Bem. II c), ohne weiteres ein. Der Gläubiger braucht nicht nachzuweisen, daß den Schuldner ein Verschulden an dem fruchtlosen Verstreichen trifft, ebensowenig kann der Schuldner sich durch diesen Nachweis befreien. β. SeuffA. **65** 141, R. **10** Nr. 1720 (Dresden). Wenn auch in der Regel nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien nicht schon eine geringfügige Abweichung von der Frist für den Säumigen den Verlust seiner vertragsmäßigen Rechte herbeiführt, so ist doch eine andere Auslegung geboten, wenn der Säumige bei der Fristsetzung darauf hingewiesen worden ist, daß wegen der häuslichen und geschäftlichen Verhältnisse des Gläubigers „eine andere Tageszeit als nachmittags zwischen 3 und 5 Uhr zur Lieferung nicht passend" sei. Unter diesen Umständen ist die Verweigerung der Annahme der erst etwa um ½6 Uhr nachmittags mit dem Möbelwagen angefahrenen Waren berechtigt.

6. Wegfall der Nachfristsetzung. § 326 Abs. 2. Kein Interesse. Erfüllungsweigerung (s. JDR. **8** Nr. 10, 15, **7** Nr. 8, 14, **6** Nr. 4 c, 7, **5** Nr. 5 b, 8, **4** Nr. 5 b, 8, **3** Nr. 5 b, **2** Nr. 8 c). **a)** Kein Interesse. **RG.** JW. **10** 146 Nr. 7. Die Vorschrift des § 326 Abs. 2 gilt nicht für den Fall, daß die Erfüllung des Vertrags nicht „infolge des Verzugs", sondern aus anderen Gründen kein Interesse mehr hat. **b)** Erfüllungsweigerung. α. **RG.** JW. **10** 146 Nr. 7, LeipzZ. **10** 214 Nr. 14, HoldheimsMSchr. **10** 92. Keine die Fristsetzung entbehrlich machende Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn der Schuldner in dem Bestreben, den Vollzug des Vertrags zu vereiteln, bei dessen Durchführung erkennbare

Schwierigkeiten bereitet. β. RG. LeipzZ. **10** 684, HoldheimsMSchr. **10** 202. Hat der Schuldner nicht überhaupt die Vertragserfüllung abgelehnt, sondern nur sich endgültig geweigert, so zu erfüllen, wie es der Gegner von ihm beansprucht, so ist die Aufforderung und Fristsetzung nach § 326 erforderlich, und zwar auch dann, wenn das Verlangen des Schuldners nach dem Vertrag unberechtigt war. γ. **RG.** R. **10** Nr. 666. Die Fristbestimmung wird nicht schon dadurch entbehrlich, daß der Schuldner nicht den Willen hat, zu erfüllen. Ein solcher Wille erlangt vielmehr nur insoweit Bedeutung, als er in dem Verhalten des Schuldners unzweideutig hervortritt. c) **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 276. Das unberechtigte Verlangen des Verkäufers, daß der Käufer früher als vereinbart zahle, berechtigt den letzteren nicht ohne weiteres zum Rücktritte vom Vertrage.

7. Schadensersatzanspruch (s. JDR. **8** Nr. 11, **7** Nr. 9, **6** Nr. 5, **5** Nr. 6, **4** Nr. 6, **3** Nr. 6, **2** Nr. 11). a) Deckungskauf s. oben § 254 Nr. III 5. **b**) Umfang der Schadensersatzpflicht des säumigen Verkäufers s. oben § 249. Nr. 3 a. **c**) **RG.** R. **10** Nr. 1073. Ist bei einem Lieferungsvertrage vereinbart, daß durch die von dem Käufer zu zahlenden Überpreise eine bereits bestehende Schuld des Käufers mitbezahlt und daß nach völliger Deckung jener Schuld die dem Verkäufer fiduziarisch übereigneten Sachen zurückzugeben seien, so ist zwischen dem Anspruch auf die Lieferungen und dem bedingten Anspruch auf Rückübertragung der Sachen kein solcher Zusammenhang, daß ein Schadensersatzanspruch des Käufers oder seines Zessionars wegen Nichterfüllung des ersteren Anspruchs durch den Lieferanten eine Umwandlung auch des Anspruchs auf Rückübertragung der Sachen in einen Schadensanspruch herbeiführen würde. Indem infolge der Nichterfüllung der Lieferungsverpflichtung des Beklagten und infolge der sich hierauf stützenden Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung seitens des Zessionars der Klägerin, der diesem zustehende vertragliche Lieferungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt worden ist, ist die seitherige überhaupt nur äußerliche Verbindung des Lieferungs- und des Übereignungsanspruchs gelöst und der letztere Anspruch der Klägerin zu einem selbständigen geworden, unbeschadet der Rechte, die der Klägerin in bezug auf diesen Anspruch durch die Nichterfüllung der Lieferungspflichten des Beklagten entstanden sind. Daher ist auch der Übereignungsanspruch von der erwähnten Umwandlung des Lieferungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nicht mit ergriffen worden, zumal da er auch vorher keinen wesentlichen Bestandteil des Lieferungsvertrags selbst bildete. Insoweit können also die in **RG. 61** 358 ausgesprochenen Grundsätze über die in den Fällen des § 326 Abs. 1 Satz 2 eintretende Umwandlung des ganzen Vertragsverhältnisses in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hier keine Anwendung finden.

8. Rücktritt. a) Rücktrittserklärung. α. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 203, LeipzZ. **10** 771. Das Wort Rücktritt braucht nicht gebraucht zu sein. Es genügt, daß die Beklagten sich ernstlich bestimmt und endgültig geweigert haben, die Verträge zu erfüllen, und daß diese Weigerung gerade in der fortgesetzt vertragswidrigen Lieferung des Klägers ihre Ursache gehabt hat. β. SeuffA. **66** 57 (Braunschweig). Die Erklärung des Verkäufers an den säumigen Käufer „Geben Sie uns bis zum 22. d. M. keinen definitiven Bescheid, dann verkaufen wir die Ware anderweit“ enthält keine Rücktrittserklärung, sondern nur die Androhung eines Selbsthilfeverkaufs nach § 373 HGB. **b**) Rücktritt im Verhältnisse zum Anfechtungsrecht. **RG.** JDR. **8** Nr. 17 jetzt auch HansGZ. **10** Beibl. 22. **c**) Rücktritt und Schadensersatz nebeneinander. **RG.** JW. **10** 229, SeuffA. **65** 308, LeipzZ. **10** 292 Nr. 15, BayRpflZ. **10** 196, R. **10** Nr. 1074. Neben dem Rücktritte vom Vertrage nach § 326 kann nicht noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung

verlangt werden (ebenso wie bei § 325). Daß umgekehrt dem Gewährleistungsberechtigten im Falle des Verschuldens seines Gegners neben der Wandelung auch ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zusteht (vgl. z. B. **RG. 52** 18), ist deshalb gerechtfertigt, weil die Gewährleistungspflicht unabhängig von einem Verschulden eintritt, der Rücktritt aus § 326 jedoch Verzug, also nach § 285 Verschulden voraussetzt. **d)** Ausschluß des Rücktritts. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 63. Ein Rücktritt der Gegenseite vom Vertrag ist nicht mehr möglich, wenn durch berechtigte Anwendung des § 326 seitens des anderen Teiles das ganze Vertragsverhältnis sich in den geltend gemachten einseitigen Anspruch des letzteren auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgewandelt hat.

9. Die nach § 326 erforderliche Erklärung (s. auch oben Nr. 5). **RG.** GruchotsBeitr. **54** 914, JW. **10** 12. Der Gläubiger muß eine klare Rechtslage schaffen, indem er seine Entschließung, daß er die Annahme der Erfüllung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere, in bestimmter, endgültiger Weise dem Vertragsgegner erklärt. Es geht nicht an, zur Auslösung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung schon eine Erklärung für hinreichend zu erachten, welche mit dem Verlangen der Erfüllung in ganz allgemeiner unbestimmter Weise die Androhung von Schadensersatz für den Fall der Nichterfüllung verbindet (z. B. „ich bestehe auf Lieferung und werde Sie für den gesamten Schaden haftbar machen").

10. Der Übergang von der Erfüllungs- zur Schadensersatzklage. Hoeniger, AbürgR. **35** 267. Der Gläubiger, welcher auf Erfüllung des Kaufvertrags klagt, kann dem Beklagten während des Rechtsstreits die Frist nach § 326 setzen und nach deren Ablauf zur Schadensersatzklage übergehen. Die Ansicht des **RG.** JDR. **8** ZPO. § 268 Nr. 4, welches hierin eine unzulässige Klagänderung sieht, ist unrichtig. Sie ist unhaltbar, da bei Annahme von Klagänderung die Klage überhaupt abgewiesen werden müßte, weil infolge der Erklärung des Gläubigers gemäß § 326 der Anspruch auf Erfüllung nicht mehr besteht. Diese Konsequenz hat das RG. aber nicht gezogen.

11. **RG.** R. **10** Nr. 2974. Einigen sich die Parteien nachträglich nochmals auf Vertragserfüllung, so fällt zwar der Schadensersatz wegen Nichterfüllung weg, nicht aber der Verzugsschaden.

12. Internationales Privatrecht. **RG.** R. **10** Nr. 3322. Bei einem Geschäfte zwischen einem inländischen Verkäufer und einem ausländischen Käufer ist die Frage, ob die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers erloschen ist, nach deutschem Rechte zu beurteilen, also nach § 326. Die Folgen des Verzugs sind nach den verschiedenen Rechtsgebieten zu beurteilen, je nachdem die Verpflichtung der einen oder anderen Partei in Frage steht; insbesondere beantwortet sich die Frage, inwiefern die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers erlischt, nach dem Rechte des Erfüllungsorts des Verkäufers.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Vorbemerkung: Besonders beachtenswert ist die Entscheidung des **RG.** zu § 330 Nr. 1, welche die Auslegung einer Versicherung zugunsten der „Erben" behandelt.

§ 328. Literatur: Boer, GruchotsBeitr. **54** 517 ff. — Jörges, Spendungsgeschäft und Sammelvermögen.

1. Vertrag zugunsten Dritter oder doppelte Übertragung bei fiduziarischen Geschäften? Schöny, Treuhandgeschäfte, ABürgR. **35** 291 f., vgl. unten § 398 Nr. 3a. Werden Forderungsrechte zu Treuhandzwecken übertragen, so können sie für den Treuhänder neu

begründet oder von dem früheren Gläubiger an ihn übertragen werden (§ 398). Neu begründen kann der Treuhänder das Forderungsrecht, indem er sich die Leistungen an den Treuhänder versprechen läßt und bestimmt, daß der Treuhänder ein eigenes Recht auf die Leistung gewinne (§ 328 BGB.). Regelmäßig werden zwar dem Treuhänder seine Rechte unmittelbar vom Treugeber übertragen; aber es braucht dies nicht immer der Fall zu sein. Ein Grundstück, z. B. eine Fabrik, kann der Treuhänder gleich im Interesse des Treugebers vom Dritten erwerben, d. h. der Treugeber kann den Dritten zur sofortigen Eigentumsübertragung an den Treuhänder veranlassen. Dieser Vorgang kann rechtlich verschieden gedeutet werden. Einerseits ist folgende Möglichkeit gegeben: der Treugeber erwirbt vom Dritten einen Anspruch darauf, daß der Dritte dem Treuhänder das Eigentum überträgt. Dies wäre ein Vertrag zugunsten des Treuhänders. Aus den Umständen wäre bei mangelnder Verabredung zu entnehmen, ob der Treuhänder ein eigenes Recht auf die Leistung erwerben soll. Es ist jedoch sehr oft auch folgende Annahme gerechtfertigt: Der Treugeber läßt sich das Eigentum übertragen, um es dann durch den Verkäufer als seinen Stellvertreter auf den Treuhänder übertragen zu lassen. Dieser Vorgang scheint auf den ersten Blick gekünstelt; er setzt zwei Eigentumsübertragungen und einen Auftrag, vielleicht noch eine Bevollmächtigung voraus. Und doch wird die Annahme dieser Konstruktion in vielen Fällen dem Verkehre mehr gemäß sein, als die Annahme des Vertrags zugunsten Dritter. Der Käufer, der vielleicht den Kaufpreis bar bezahlt hat, wird sich wohl nicht leicht mit dem obligatorischen Anspruch auf die Leistung an den Treuhänder begnügen, vielmehr wird er sich im Hinblick auf den möglichen Fall, daß der Treuhänder die Annahme des Gutes ausschlägt oder verhindert ist, das Gut anzunehmen, selbst zum Eigentümer machen. Damit der Käufer als Eigentümer angesehen werden kann, bedarf es allerdings des wirklichen Vorliegens von Einigung und Besitzübertragung (hierüber vgl. 302/3). Soll dem Treuhänder eine F o r d e r u n g zugewandt werden, so ergeben sich dieselben Möglichkeiten. Indes hat der Treugeber hier weniger Interesse daran, zunächst selbst Gläubiger zu werden, da seine Stellung dadurch nicht gefestigter wird. — Geht das Treuhandgeschäft auf eine Leistung an einen Dritten, so kann der Treugeber nach den allgemeinen Regeln die Leistung an den Dritten verlangen (334). Die Frage, ob der Charakter des Treuhandgeschäfts dafür einen Anhalt gibt, daß d e r D r i t t e s e l b st einen Anspruch erhalten soll oder nicht, ist zu verneinen; denn einerseits hat der Treugeber den Weg für die Leistung durch den Treuhänder oft gewählt, damit der Dritte mit den Umständen der Zuwendung nicht bekannt werde, andererseits soll der Dritte auch nicht selbständig in die Treuhänderschaft eingreifen können, denn die Möglichkeit seitens des Dritten, die Rechtsstellung des Treuhänders zu beeinflussen, würde es diesem unmöglich machen, nach seinem eigenen pflichtgemäßen Ermessen den Absichten des Treugebers zu folgen. Endlich ist häufig, wie bei der Sammeltreuhand und Treuhandstiftung, der Dritte noch gar nicht bestimmt.

2. S a m m e l v e r m ö g e n. a) Vgl. hierüber unten § 1914. b) *J ö r g e s 40. Wie der gegenseitige Vertrag, so ist auch der Vertrag zugunsten Dritter oder das Versprechen der Leistung an einen Dritten eine Rechtsform, in welche Inhalt verschiedenster Art gegossen werden kann; das Spendungsgeschäft hat auch daran teil, aber nur in dem Sinne, daß der Sammelzweck stets zugunsten nie der Sammler oder Spender, sondern immer der Bedachten gesetzt ist. Da Sammler und Spender eine Gesellschaft bilden, so kann dieser contractus in favorem tertii nur in einer übertragenen Bedeutung Anwendung finden. Diese in §§ 328 bis 335 BGB. ausgebaute Form dient nur dazu, festzustellen, ob und wann die Bedachten ein Recht auf das Gesellschaftsvermögen haben.

3. A b s. 2. U n m i t t e l b a r e B e r e c h t i g u n g d e s D r i t t e n. a) **RG. 73** 92, JW. **10** 184 Nr. 7, GewuKfmG. **15** 181, DJZ. **10** 313. Bei

Tarifverträgen, welche von seiten der Arbeitgeberverbände geschlossen werden, ist im Zweifel davon auszugehen, daß durch die darin getroffenen, zur Wahrung der Interessen der einzelnen Arbeitgeber bestimmten Vereinbarungen auch für diese ein unmittelbares Recht auf Erfüllung der darin von dem Gegenkontrahenten übernommenen Verpflichtungen und auf Schadensersatz bei deren Verletzung begründet werden sollte. Vgl. §§ 611 ff Nr. II 1c, 2c und hierzu Sinsheimer, GewuKfmG. **15** 172. **b)** **RG.** JW. **10** 806, R. **10** Nr. 3469. Unmittelbare Berechtigung des Dritten durch ausdrückliche Vereinbarung in einem Vertrage zwischen dem Patentinhaber und dem Lizenzinhaber, wonach sämtliche aus dem Vertrage sich ergebenden Zahlungen an den Dritten erfolgen sollten und letzterer selbständig berechtigt sein sollte, alle aus dem Vertrage dem Patentinhaber zustehenden Rechte geltend zu machen, insbesondere Prozesse im eigenen Namen zu führen. **c)** ElsLothJZ. **10** 420 (Colmar). Hat einer der Erben bei der Auseinandersetzung sich den anderen Erben gegenüber zur Erfüllung einer denselben obliegenden Schuld verpflichtet, ohne die Schuld selbst zu übernehmen, so liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor. Vgl. ferner § 329. **d)** HansGZ. **10** Beibl. 105, R. **10** Nr. 1232 (Hamburg). Wenn jemand für sich und einen anderen eine Droschke nimmt, so liegt, falls nicht die Umstände ergeben, daß der Besteller gleichzeitig als Vertreter des anderen handelte, ein Vertrag zugunsten des anderen vor, aus dem dieser andere unmittelbar Rechte, also auch Schadensersatzansprüche wegen Verletzung bei der Fahrt herleiten kann. **e)** Sammelvermögen. Vgl. oben Nr. 2. *Jörges 52—56. In Rücksicht der Rechtsstellung der durch eine Sammlung Bedachten kommt nur § 328 Abs. 2 in Betracht, es sei denn, daß ausdrücklich ausgemacht ist, den Bedachten kein Recht zuzubilligen.

4. Keine unmittelbare Berechtigung des Dritten. **a)** Einzahlung auf den Namen eines Dritten. α. NaumburgAK. **10** 13 (Dresden). Kein Vertrag zugunsten Dritter liegt vor, wenn jemand bei einer Sparkasse auf den Namen dieses Dritten Gelder anlegt und dabei erklärt, daß nach seinem Tode der Dritte über das Guthaben soll verfügen dürfen. Das Recht soll hier zunächst für den Anlegenden entstehen und erst bei dessen Tode auf den Dritten übergehen. β. FrankfRundsch. **44** 159 (Frankfurt). Durch Einzahlung von Geldern aus eigenen Mitteln bei einer Sparkasse auf den Namen eines Dritten wird kein Vertrag zugunsten eines Dritten im Sinne von § 328 geschlossen. γ. Dagegen Breslau AK. **10** 61 (Breslau). Durch Einzahlung seitens des Vaters auf den Namen des Sohnes kommt ein Vertrag zu dessen Gunsten zustande und zwar, den Umständen nach, mit unmittelbarer Berechtigung (unentgeltliche Zuwendung). **b)** Rechtslage. *Boer. Der Vertrag auf Leistung an einen Dritten, der diesem kein unmittelbares Recht, die Leistung zu fordern, gewährt, ist nicht mit Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte) dadurch zu erklären, daß der Gläubiger den Dritten zur Empfangnahme der Leistung ermächtigt, mithin der Dritte als Bevollmächtigter des Gläubigers auftritt. Vielmehr liegt bei diesen Verträgen lediglich eine Trennung des regelmäßig in der Person des Gläubigers vereinigten Forderungs- und Empfangsrechts vor, dergestalt, daß sie ausnahmsweise verschiedenen Personen zustehen. Daraus folgt u. a., daß die Nichtannahme der Leistung durch den Dritten den Gläubigerverzug begründet.

§ 329. ElsLothJZ. **10** 420 (Colmar) nimmt bei der Erfüllungsübernahme eines Miterben zugunsten eines anderen Miterben (vgl. o. § 328 Nr. 3 c) ein selbständiges Recht des Gläubigers an, da dem Übernehmer in Höhe seiner freiwilligen Übernahme entsprechende Aktiva des Nachlasses überwiesen sind und die Absicht der Erben bei der Auseinandersetzung dahin ging, sämtliche Gläubiger zu befriedigen.

§ 330. 1. **RG.** SeuffBl. **10** 640, SächsRpflA. **10** 121. Bei Abschluß einer Versicherung zugunsten der „Erben" ist durch Auslegung festzustellen,

ob der Versicherungsnehmer hiermit seine Erben in ihrer Eigenschaft als seine Universalrechtsnachfolger gemeint habe, so daß die Versicherungssumme zu seinem Nachlasse gehöre oder ob er mit dem Ausdruck „Erben" nur diejenigen habe kennzeichnen wollen, denen als Dritten, unabhängig von ihrer Eigenschaft als seine Universalrechtsnachfolger und durch diese Eigenschaft bzw. ihre Berufung als Erben nur der Person nach näher bestimmt, die Versicherungssumme zufließen solle. Eine Vermutung, daß unter Erben die allgemeinen Rechtsnachfolger zu verstehen sind, besteht nicht. In der Regel ist aus den Urkunden selbst die Willensrichtung der Versicherungsnehmer nicht zu erkennen, da diese gewöhnlich eben nichts als die auszulegende Erklärung enthalten, so daß auf die außerhalb der Urkunden liegenden Umstände das Schwergewicht zu legen ist. Der Ausdruck „Nächste Erben" läßt erkennen, daß der Versicherungsnehmer eine Auswahl hat treffen wollen und, da der Versicherungsnehmer damals verlobt war, so legt die Tatsache, daß er jetzt die Versicherung nahm, weiter den Gedanken nahe, daß er unter den „nächsten" Erben seine zukünftige Frau und Kinder verstanden wissen wollte.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3470. Hat bei einer Gutsübernahme der Veräußerer in dem notariellen Vertrage den nach seinem Tode zu zahlenden Kaufpreis an seine Kinder abgetreten, so ist er, auch wenn man annimmt, daß seinen Kindern ein unmittelbares Recht an der Kaufpreisforderung begründet werden sollte, oder daß die Abtretung der Forderung von seinen Kindern schon im voraus angenommen gewesen sei, bis zum endgültigen Abschlusse der Verhandlung zu der Verfügung, daß die vom Übernehmer bewilligte Eintragung der Forderung ins Grundbuch nicht erfolgen solle, berechtigt, mag auch der formelle Abschluß des Protokolls der notariellen Verhandlung, in welches diese Verfügung nicht aufgenommen zu werden braucht, bereits erfolgt sein.

§ 335. OLG. **20** 146, R. **10** Nr. 1341 (Braunschweig). Der Versprechensempfänger kann, wie nach gemeinem Rechte, so auch nach BGB. nur den ihm selbst erwachsenen Schaden ersetzt verlangen.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

Vorbemerkung: Wichtig ist die Entscheidung des RG. zu § 341 Nr. 2 und 3 über die Unwirksamkeit des Vorbehalts vor der Annahme und über die Legitimation für die Vorbehaltserklärung.

§ 339. 1. OLG. **20** 148, R. **10** Nr. 1342 (Celle). Das einem Gesellschafter vor Begründung der offenen Handelsgesellschaft und ohne Beziehung auf sie auferlegte Konkurrenzverbot gilt auch für die Gesellschaft.

2. ElsLothJZ. **10** (35) 191 (Colmar). Bei einem Sukzessivlieferungsvertrage steht dem Verkäufer, wenn er durch die wegen Verzugs berechtigte Zurückbehaltung weiterer Bierlieferungen den Käufer zwingt, zum Weiterbetriebe seiner Wirtschaft anderwärts das nötige Bier zu beziehen, nicht das Recht auf die vereinbarte Vertragsstrafe zu.

§ 340. **RG.** R. **10** Nr. 2503. Eine Vertragsbestimmung über Milchlieferung des Inhalts: „Zuwiderhandlungen können mit einer Geldstrafe bis zu 50 Mark belegt werden", kann dahin ausgelegt werden, daß für alle bis zum Strafausspruche vorgekommenen Verfehlungen die Gesamtstrafe nicht mehr als 50 Mark betragen darf.

§ 341. Abs. 3. 1. **RG.** R. **10** Nr. 298. Eine vorbehaltlose Erfüllungsannahme kann darin gefunden werden, daß der Besteller nach Fertigstellung des Werkes die vertragsmäßig bedungene Zahlung freiwillig leistet.

2. **RG.** Vorbehalt vor der Annahme genügt nicht. SeuffBl. **10** 643, LeipzZ. **10** 691, WarnE. **3** 55, R. **10** Nr. 299. Der Vorbehalt der Vertragsstrafe kann wirksam nur bei der Annahme der Erfüllung erklärt werden.

Auch genügt nicht, wenn der Vorbehalt vor der Annahme in einer Weise gemacht ist, daß das Fortwirken des Vorbehalts bei der Annahme unterstellt werden müsse. (Unschlüssiger Beweisantritt über telephonische Erklärung des Vorbehalts.) — Anders in den Fällen von §§ 464, 640 Abs. 2, s. § 640 Nr. 2.

3. **RG.** SeuffBl. **10** 643, LeipzZ. **10** 691. Die Vorbehaltserklärung ist eine empfangsbedürftige Erklärung, die nur von dem Gläubiger oder einem legitimierten Vertreter desselben abgegeben werden kann. Als legitimierte Vertreter in dieser Beziehung können aber nicht ohne weiteres alle Personen, die in der Lage sind, von dem Kontor des Gläubigers zu telephonieren, angesehen werden, sondern nur Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte gemäß § 54 Abs. 1 HGB., also solche Angestellte, zu deren Geschäftskreis die Annahme der Waren als Erfüllung gehört.

4. **RG.** JW. **10** 13, LeipzZ. **10** 141. Sind hinsichtlich der bereits verfallenen Vertragsstrafe Vereinbarungen und nähere Bestimmungen über sie getroffen worden, so braucht der Gläubiger, wenn er demnächst die Hauptleistung annimmt, keinen Vorbehalt wegen der Vertragsstrafe zu machen.

§ 342. 1. OLG. **20** 152 (Dresden). Als andere Leistungen im Sinne des § 342 sind auch Lohnabzüge für verspätete Lieferung anzusehen.

2. SächsRpflA. **10** 307 (Dresden). Nach § 342 ist zu beurteilen die Abrede, daß sich die Preise bei verspäteter Lieferung um einen bestimmten Betrag ermäßigen sollten. Es sollte hierdurch ein Druck auf den Verkäufer dahin ausgeübt werden, daß er den Vertrag pünktlich erfülle; als Strafe für nicht pünktliche Lieferung sollte er einen Teil seiner Kaufpreisforderung verwirken.

§ 343. 1. BreslauAK. **10** 23 (Breslau). Keine Herabsetzung des Reugeldes. Vgl. § 359.

2. GewuKfmG. **15** 207 (KfmG. Charlottenburg). Herabsetzung einer für Vertragsbruch verwirkten Vertragsstrafe auf ein Monatsgehalt. (Die Angestellte eines Warenhauses war ohne Innehaltung der Kündigungsfrist ausgetreten).

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1506. Wenn bei einem auf eine bestimmte Dauer abgeschlossenen Vertragsverhältnisse der eine Teil von einem für die Zukunft wirkenden Rücktrittsrechte Gebrauch macht, so werden damit Schadensersatzansprüche nicht ausgeschlossen, die er auf das vertragswidrige Verhalten des anderen Teiles während des rechtlichen Bestandes des Vertrags gründet.

2. Satz 2. R. **10** Nr. 1721 (Braunschweig). Wenn die beiderseitigen Rückleistungen in Geld zu erfolgen haben, so hat das Gericht nicht auf Zahlung Zug um Zug zu erkennen, sondern es steht dem Anspruch auf Zahlung die exceptio doli generalis entgegen (§ 242).

§ 351. **RG.** JDR. 8 Nr. 1 jetzt auch SeuffA. **65** 52.

§ 359. BreslauAK. **10** 23 (Breslau). Vereinbarung des beiderseitigen Rücktrittsrechts gegen Zahlung eines Reugeldes zwischen Handlungsreisenden und Geschäftsinhaber. Keine Herabsetzung nach § 343.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

§ 362. Literatur: Boehmer, Der Erfüllungswille (Fischers Abhandlungen Bd. 20 Heft 1). München 1910. — Happek, Wesen und Bedeutung des contrarius consensus, ABürgR. **35** 404 ff.

1. *Boehmer. Die Erfüllungswirkung beruht nicht auf Vertrag, auch nicht auf einseitigem animus solvendi des Schuldners, sondern ist eine gesetzliche

Folge der pflichtmäßigen Leistung. Es ist lediglich erforderlich, daß die Leistung in einer erkennbaren Beziehung zu einer bestimmten Obligation steht. Zur Herstellung dieser Beziehung bedarf es im Falle des § 366, aber auch nur in diesem Falle, einer Willenserklärung des Schuldners. Niemals aber wirkt der Wille des Schuldners für die Wirkung der Schuldtilgung konstitutiv. Erfüllen kann daher, soweit nicht die Leistung als solche Willensfähigkeit voraussetzt, auch ein Geschäftsunfähiger; und ebenso erfüllt ein Schuldner, der ohne Kenntnis von seiner Verpflichtung sich dieser Verpflichtung entsprechend verhält.

2. *Happek. Während im römischen Rechte ein contrarius consensus, d. h. eine formlose Aufhebungsabrede grundsätzlich nur bei noch nicht erfüllten Verträgen möglich und denkbar war, ist für das bürgerliche Recht der contrarius consensus auch bei von beiden Seiten erfüllten Verträgen als selbständiges Institut anzuerkennen (Oertmann, Komm. 213 Vorbem. zu § 362). Durch den contrarius consensus wird der ganze Vertrag ipso iure mit rückwirkender Kraft aufgehoben und die Verpflichtung zur gegenseitigen Rückleistung geschaffen. Die Rückgewährpflicht beruht auf dem Gesichtspunkte der causa finita. Die Leistungspflicht bestimmt sich indes nicht, wie Oertmann meint, nach den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB., sondern es ergibt sich aus dem aufgehobenen Vertrag eine obligatio ad restituendum, welche analog den Rücktrittsgrundsätzen der §§ 346 ff. BGB. zu bestimmen ist.

3. Beweislast. **RG.** JW. **10** 937 Nr. 10. Wenn sich an die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine ungünstige Folge für den Verpflichteten knüpft, so muß er die Erfüllung beweisen. Dieser Satz gilt jedoch nur, wenn die geschuldete Leistung nicht in einem Unterlassen besteht (arg. §§ 345, 358).

§ 363. 1. **RG.** WarnE. **3** 390, R. **10** Nr. 3472. Die Bestimmung des § 363 ist auch anwendbar, wenn es sich um die Frage der Mangelhaftigkeit handelt. Dieselbe ist nicht auf Kaufverträge zu beschränken, sondern auf alle Schuldverhältnisse anwendbar, bei denen die Annahme einer Leistung als Erfüllung in Frage kommen kann, insbesondere auf Werkverträge.

2. OLG. **20** 205, R. **10** Nr. 1507 (Hamburg). Unterzeichnung der an die Baupolizeibehörde eingereichten Zeichnungen enthält Annahme der Zeichnungen als Erfüllung.

3. **RG.** R. **10** Nr. 38. Wenn der Käufer die Kaufsache zunächst trotz Rüge einzelner Mängel als Erfüllung angenommen und sie erst nachträglich zur Verfügung gestellt hat, so ist er dafür beweispflichtig, daß die Leistung des Verkäufers dem Vertrage nicht entsprochen habe.

§ 364. Abs. 2. 1. Prolongationswechsel als Novation. **RG.** JDR. **8** § 364 Nr. 1 jetzt auch SeuffA. **65** 143.

2. Wechselhingabe. a) LeipzZ. **10** 953 (LG. Leipzig). Die Wechselhingabe ist als als bedingte Hingabe an Zahlungsstatt anzusehen, nämlich unter der vereinbarten Bedingung, daß der Wechsel sich so, wie er war, diskontieren lasse. b) Hiergegen Reichel ebenda, welcher die Wechselhingabe als nur zahlungshalber erfolgt ansieht.

§ 365. *Klein, ÖstZBl. **28** 1001, nimmt bei Gelegenheit der Besprechung des Entwurfes eines Ungar. Allg. Bürg. Gesetzbuchs (Erste Fassung) zu § 365 Stellung.

§ 366. Literatur: Heß, Steht dem Bürgen das Bestimmungsrecht des § 366 BGB. zu? WürttRpflZ. **2** 370.

1. **RG.** JW. **10** 284. § 366 setzt voraus, daß überhaupt eine Schuld besteht. Handelt es sich um zwei fällig gewordene Wechsel, von denen der eine protestiert, der andere präjudiziert ist, so muß, da der Anspruch aus dem letzteren Wechsel erloschen ist, nachgewiesen werden, welche Forderung dem Gläubiger trotzdem noch aus diesem Wechsel zugestanden hat, z. B.

der Bereicherungsanspruch nach Art. 83 WO., welcher jedoch positive Bereicherung voraussetzt.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 142, WarnE. **10** 10. Behauptet der klagende Gläubiger, daß die ihm vom Schuldner entgegengehaltene Zahlung nicht auf die Klageforderung, sondern auf eine andere von ihm prätendierte, vom Beklagten aber bestrittene Forderung sich beziehe, so hat er zuerst das Bestehen der anderweiten Forderung zu beweisen. Erst nach Erbringung dieses Beweises ist es Sache des Beklagten, darzutun, daß gleichwohl nach Gesetz oder Rechtsgeschäft die Zahlung auf die Klageforderung anzurechnen sei.

3. SchlHolstAnz. **10** 147 (Kiel). § 366 findet zwar an sich auf die Zahlung öffentlich-rechtlicher Beträge, wie Steuern, keine Anwendung, gilt aber analog auch für den Fall der Zahlung von Steuerbeträgen, die zur Tilgung sämtlicher Rückstände verschiedener Steuern desselben Steuerschuldners nicht ausreichen. Vgl. auch die KassenO. für die Justizbehörden v. 28. März 1907 (JMBl. 127) § 21 Abs. 2.

§ 368. Literatur: Klein, Kurze Erörterungen aus der Lehre von den Mitteilungen, SeuffBl. **10** 460 f. (462).

*Klein. Quittungserteilung kann auch ein beschränkt geschäftsfähiger Schuldner verlangen (§ 107). Anders, wenn die Quittungserteilung Kosten verursacht und diese vom Schuldner zu tragen sind. — Verlangen der Quittungserteilung nur wirksam gegenüber voll geschäftsfähigem Gläubiger. — Wirkungen der Quittung, die ein beschränkt geschäftsfähiger bzw. geschäftsunfähiger Gläubiger ausgestellt hat.

§ 369. 1. BreslauAK. **10** 60 (LG. Liegnitz). Wenn die Quittung in öffentlich beglaubigter Form erteilt werden muß, so gehören zu den vom Schuldner zu tragenden Kosten auch die Reise- und Aufwandskosten, welche dem Gläubiger dadurch entstanden sind, daß er auf das nächste Gericht oder zum nächsten Notar hat fahren müssen.

2. BreslauAK. **10** 65 (LG. Liegnitz). § 369 legt dem Schuldner nur die Kosten zur Last, welche normalerweise die zu erteilende Quittung erfordert, dagegen nicht alle die Mehrkosten, welche infolge eines in der Person des Gläubigers liegenden besonderen Umstander, z. B. infolge seiner Krankheit, entstehen.

§ 370. **RG. 73** 347, LeipzZ. **10** 683. Zahlung auf gefälschte Quittungen. Wegen fahrlässigen Verhaltens des Gläubigers, der den Mißbrauch verschuldet hat, vgl. o. § 276 Nr. 5 c β.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372. 1. **RG.** R. **10** Nr. 39. Mehrfache Abtretung und Pfändung der Forderung berechtigen den Schuldner, zu hinterlegen.

2. **RG.** WarnE. **3** 447, R. **10** Nr. 3903. Auch der Testamentsvollstrecker, der sein Amt kraft eigenen Rechtes unabhängig von den Erben führt, ist als Gläubiger im Sinne des § 372 anzusehen.

3. *Wolf, Hessisches Landesprivatrecht, Ergbd. III zu Dernburg, Bürgerliches Recht § 34 V 1. Das Verhältnis des Hinterlegers zum Staate ist ein rein öffentlich-rechtliches. Der Staat vollzieht die Hinterlegung so wenig auf Grund eines mit dem Hinterleger geschlossenen privatrechtlichen Verwahrungsvertrags, wie seine Gerichte etwa öffentliche Beurkundung auf Grund eines Werkvertrags oder der Standesbeamte die Eheschließung in Erfüllung eines Dienstvertrags vornehmen. Ebenso Endemann, anders Dernburg, Hellwig, Planck u. a.

Dritter Titel. Aufrechnung.

§ 387. 1. Wesen der Aufrechnung. a) *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, Berlin 1910, I 422/7. Das Aufrechnungsrecht ist ein selbständiges Befriedigungsrecht. Es ist dem „Pfandrecht an der eigenen Schuld" verwandt, nicht aber mit ihm identisch. b) Keine Aufrechnung ist die Anrechnung gemäß § 649; vgl. § 649.

2. Gleichartigkeit. **RG.** JW. **10** 332, LeipzZ. **10** 309, HoldheimsMSchr. **10** 119, R. **10** Nr. 1075. Keine Gleichartigkeit ist vorhanden, wenn gegenüber einer Geldforderung eine Gegenforderung aus Gefälligkeitsakzepten geltend gemacht wird, solange der Schuldner auf diese Akzepte noch nichts bezahlt hat; solange steht dem Schuldner nur ein Anspruch auf Befreiung aus der durch die Akzepte übernommenen Verbindlichkeit zu.

3. Aufrechnungsvertrag im Gegensatze zur einseitigen Aufrechnung. a) **RG. 72** 377, JW. **10** 229 Nr. 5, R. **10** Nr. 854. Die Wirksamkeit eines Aufrechnungsvertrags ist nicht dadurch bedingt, daß die Voraussetzungen für eine einseitige Aufrechnung im Sinne der §§ 387 ff. gegeben sind. Erforderlich ist aber, daß der Leistungsinhalt der beiderseitigen Forderungsrechte ihrer Tilgung durch einen anderen als den Schuldner nicht entgegensteht (§ 267). (So kommt, wenn A. dem B. sein Einverständnis erklärt, daß eine Forderung des B. gegen C. auf die Forderung von A. gegen B. verrechnet werden soll, zwischen A. und B. ein Aufrechnungsvertrag zustande.) b) **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 197, LeipzZ. **10** 683 Nr. 9, GruchotsBeitr. **54** 900, ElsLothJZ. **10** 507, JW. **10** 752, R. **10** Nr. 2795. Ist bei einem Aufrechnungsvertrag eine Tilgung der einen der gegenseitig aufzurechnenden Forderungen wegen Nichtbestehens derselben unmöglich, so ist auch die Tilgung der anderen bestehenden Forderung nicht als von den Parteien gewollt anzusehen. Der ganze Aufrechnungsvertrag, der ja das Bestehen gegenseitiger Forderungen zur Voraussetzung hat, ist unwirksam. Wenn die Entstehung der einen Forderung ungewiß ist, so ist der Aufrechnungsvertrag in seiner Gesamtheit als unter der aufschiebenden Bedingung der Entstehung dieser Forderung abgeschlossen anzusehen.

4. Ausschluß der Aufrechnung s. unten § 390 Nr. 5.

5. SchlHolstAnz. **10** 310 (Kiel). Durch die Eintragung einer Wechselforderung in das Kontokorrentkonto eines Mitverpflichteten wird allein noch nicht die Aufrechnung dieser Forderung bewirkt.

§ 390. 1. *Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbote (Festgabe für K. Güterbock). Berlin 1910. S. 443 f. Ist dem Gläubiger durch relatives Veräußerungsverbot die Einziehung einer Forderung verboten, so kann er nicht aufrechnen. Der Schuldner kann aufrechnen. Hatte er aber seine Gegenforderung in Kenntnis des Verbots erworben, so tilgt seine Aufrechnung die beiderseitigen Forderungen nicht, solange das Verbot besteht; aber der Gegner kann die Erfüllung seiner Verpflichtung so lange verweigern, bis der Schuldner infolge des relativen Veräußerungsverbots hat zahlen müssen.

2. Aufrechnung gegen landrechtliche Altenteilsansprüche. a) OLG. **20** 152, NaumburgAK. **10** 5 (Naumburg). Gegen landrechtliche Altenteilsansprüche, die gemäß Artt. 96, 120, 184 EGBGB. nach altem Rechte zu beurteilen sind, ist die Aufrechnung unzulässig (ALR. I. 16 §§ 366, 367). Dies gilt auch nach Inkrafttreten des BGB. b) Ebenso OLG. **20** 152 (Celle).

3. **RG.** BayRpflZ. **10** 311. Gegen Baugeldforderungen ist Aufrechnung zulässig.

4. OLG. **21** 247 (Hamburg). Ausschluß der Aufrechnung, wenn ein Onkel die subsidiäre Unterhaltspflicht für seinen Neffen vertraglich übernommen hat.

5. Vertragsmäßiger Ausschluß der Aufrechnung. Verzicht. a) **RG.** LeipzZ. **10** 395 Nr. 14, ZBlFG. **11** 33. Zur Annahme des stillschweigenden Ausschlusses der Aufrechnung bedarf es der Festsetzung des Willens, die Aufrechnung auszuschließen, der seinerseits wieder voraussetzt, daß die Vertragsparteien sich der Möglichkeit solcher Aufrechnung bewußt geworden sind. **b)** R. **10** Nr. 669 (Stuttgart). Wer aus der Diskontierung eines ihm zu diesem Zwecke vom Akzeptanten übergebenen Wechsels die Wechselsumme abzüglich des Diskonts dem Akzeptanten schuldig geworden ist, kann nicht eine aus früheren Jahren herstammende Forderung aufrechnen, wenn es der erkennbare Zweck des Auftraggebers war, bares Geld zu bekommen. In solchem Falle hätte der Beauftragte die Absicht, seinen früheren Anspruch gegen den aus dem Wechsel zu erzielenden Betrag aufzurechnen, nach Treu und Glauben schon bei Annahme des Auftrags erklären müssen. **c)** OLG. **20** 239 (Braunschweig). Ein Verzicht auf Aufrechnung ist anzunehmen, da das Zahlungsversprechen die Antwort auf Schreiben eines bevollmächtigten Anwalts ist, in denen unter Klagandrohung Zahlung einer bestimmten Summe binnen bestimmter Frist gefordert wird.

6. Satz 2. Aufrechnung nach Verjährung. Aufrechnung gemäß § 479 BGB. SeuffA. **66** 6, SchlHolstAnz. **10** 251 (Kiel). Die Aufrechnung mit dem Anspruch auf Schadensersatz nach Vollendung der Verjährung ist nicht nur gegen Forderungen aus dem gleichen Kaufgeschäfte, sondern auch gegen andere Forderungen zulässig. Die abweichende Meinung des **RG. 56** 167 ist nicht richtig, da weder § 479 eine Andeutung dahin enthält, daß sich die Bestimmung auf die Aufrechnung gegen Ansprüche aus demselben Kaufgeschäfte beschränkt, noch sich ein Verbot der Aufrechnung gegen Forderungen aus anderen Geschäften findet.

§ 394. Aufrechnung gegen Altenteilsansprüche und Baugeldforderungen s. oben § 390 Nr. 2 und 3.

Vierter Titel. Erlaß.

Literatur: Teschemacher, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Abrechnungsverkehrs bei den Abrechnungsstellen der Reichsbank, GoldschmidtsZ. **67** 401.

§ 397. 1. Teschemacher. Im Abrechnungsverkehre bei der Reichsbank erteilt jeder Teilnehmer durch Übergabe seines Abrechnungsblatts dem Vorsteher die unwiderrufliche Vollmacht: a) soweit er Gläubiger ist, dem Schuldner die Schuld vertragsmäßig zu erlassen, und, soweit er Schuldner ist, mit dem Gläubiger einen Vertrag zu schließen, durch welchen dem Schuldner seine Schuld erlassen wird; b) diese beiden Verträge nur mit der Klausel zu schließen, daß ihm sämtliche im Abrechnungsverfahren kontrahierte Schulden erlassen werden, und daß ihm in Höhe seines etwaigen Aktivsaldos eine Forderung gegen die Reichsbank verschafft werde. Zugleich erteilt der mit einem Passivsaldo beteiligte Teilnehmer die Vollmacht, den von ihm in Höhe des Saldos ausgestellten Umschreibezettel, auf Grund dessen sein Girokonto bei der Reichsbank in Höhe des Saldos belastet werden soll, dann der Reichsbank zur Ausführung auszuhändigen, wenn ihm, dem Teilnehmer, seine im Abrechnungswege eingegangenen Schulden erlassen werden.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2360. Ein Abkommen, in dem Gläubiger sich bereit erklären, zur Deckung ihrer Forderungen 30 pCt. anzunehmen, und die Schuldner sich verpflichten, die 30 pCt. spätestens an einem bestimmten Tage zu zahlen, ohne daß von der Innehaltung des Termins die Wirksamkeit des Vertrags abhängen sollte, kann als unbedingter Erlaß angesehen werden.

3. **RG.** R. **10** Nr. 855. Annahme von Vergleichsraten aus der Hand eines Sanierungskonsortiums ist als stillschweigende Vergleichsannahme zu erachten. Ging der Vergleichsvorschlag auf Ausgleich des Guthabens, so sind auch die Mitschuldner befreit.

4. Verzicht. a) Als Vertrag. α. **RG.** R. **10** Nr. 1717. Auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse ist Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Verzichts, daß er von dem anderen Teile, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch in deutlicher Weise stillschweigend angenommen worden ist. β. **RG.** JDR. 8 Nr. 1 jetzt auch JW. **10** 13 Nr. 17. b) **RG.** LeipzZ. **10** 936. Äußerungen wie: „Ich schreibe den Posten in den Schornstein" oder „Ich mache einen Strich durch die Forderung" sind keine bestimmten Verzichtserklärungen. c) Verzicht auf Erfüllung s. § 285 Nr. 2 a.

5. Abs. 2. Kondiktion der negativen Anerkennung. **RG.** JW. **10** 1002. Wenn die Parteien mit dem negativen Anerkennungsvertrage die wirkliche Rechtslage festzustellen beabsichtigen, so kann die Anerkennung kondiziert werden, wenn die betreffende Schuld in Wirklichkeit nicht bestanden hat (§ 812 Abs. 2). Ist aber der Vertrag über das Nichtbestehen der Schuld gerade ohne Rücksicht darauf, ob sie tatsächlich bestehe oder nicht, geschlossen worden, so ist die Veränderung nicht ohne rechtlichen Grund, sondern zufolge des Vertragswillens eingetreten.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Die Meinung, welche mit dem RG. die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen für zulässig erachtet, befestigt sich immer mehr, vgl. § 398 Nr. 2. Der Widerspruch von Eccius (JDR. 8 Nr. 4 a) wird allseitig abgelehnt. Zu der Frage, wann das Gläubigerrecht entsteht, findet sich viel neues Material. — Eine erschöpfende Darstellung der fiduziarischen Abtretung und überhaupt des Treuhandgeschäfts gibt Schöny (§ 398 Nr. 3). — Mit der Abtretbarkeit der Baugelder beschäftigen sich zwei Entscheidungen zu § 399 Nr. 4. — Zu § 406 Nr. 1 und 2 sind zwei Entscheidungen des RG. hervorzuheben, wonach die Gleichartigkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderung nur im Augenblick der Aufrechnung selbst vorhanden zu sein braucht. — Bemerkenswert ist endlich die Entscheidung des RG. zu § 407 Nr. 4 a, daß jede Kenntnis des Schuldners genügt, um den Gläubiger zu schützen; sichere Kenntnis ist nicht erforderlich.

§ 398. Literatur: Fränkel, Zur Zessionslehre der Glossatoren und Postglossatoren, GoldschmidtsZ. **66** 305 ff., **67** 79 ff. (nur historisch). — Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchotsBeitr. **54** 226. — Schöny, Treuhandgeschäfte, ABürgR. **35** 291 ff. — Semeka, Das Wartrecht, ABürgR. **35** 121 ff. — Süß, Abtretung künftiger Ansprüche. München 1910.

1. Allgemeines. Bestimmtheit der Abtretung (s. JDR. 8 Nr. 2, **7** Nr. 1, 4, **6** Nr. 2, 6, **5** Nr. 1, 2, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1). a) **RG.** JW. **10** 230 Nr. 6. Die erforderliche Bestimmtheit und Bestimmbarkeit mangelt nicht deshalb, weil der Anfangspunkt der Wirksamkeit der Abtretung erst durch eine künftige, in den Willen des Berechtigten gestellte Erklärung desselben gegeben wird und ein Endzeitpunkt überhaupt nicht angegeben ist. b) R. **10** Nr. 3324 (KG.). Die Abtretung von Mieten „bis zur Höhe von achttausend Mark" und mit der Bestimmung, daß der Zessionar „sich die notwendigen Hausausgaben in Abzug bringen zu lassen habe", entbehrt der erforderlichen Bestimmtheit. — Vgl. jedoch Nr. 3 b. c) OLG. **20** 153 (Hamburg). Wird von einer Mehrheit selbständiger Forderungen ein Teilbetrag zediert, so ist unklar, welcher Anspruch hat übertragen werden sollen. Daraus folgt die Ungültigkeit der Abtretung. (Unklar bleibt hierbei übrigens auch, welcher Anspruch rechtshängig ist.)

2. Abtretung künftiger Forderungen (s. JDR. **8** Nr. 4, **7** Nr. 5, **6** Nr. 7, **5** Nr. 3, **4** Nr. 2, **3** Nr. 2, **2** Nr. 2, **1** § 398 Nr. 3, § 399 Nr. 3) (s. auch oben

§ 198 Nr. 1). a) *Süß. Künftige Ansprüche sind abtretbar. Die Behauptung von Eccius (JDR. 8 Nr. 4 a), daß die Verfügung begriffsnotwendig einen vorhandenen Gegenstand fordere, ist unrichtig; sie beruht insbesondere auf einer unzulässigen Gleichstellung der Verfügungen über künftige Rechte mit denen über künftige Sachen, mit den „dinglichen Verträgen". — Einschränkungen: Ein künftiger Anspruch kann nicht abgetreten werden, wenn für die Abtretung eine bestimmte Form gesetzlich verlangt wird, der jetzt noch nicht genügt werden kann (Grundbuchverkehr!). Unzulässig ist die Abtretung sämtlicher Ansprüche (§§ 310, 138 BGB.). Der künftige Anspruch muß durch die Bezeichnung der Subjekte, zwischen denen, und des Rechtsgrundes, aus dem er entstehen soll, genügend bestimmt sein; Angabe des Gegenstandes des Anspruchs ist nicht erforderlich. — Die Abtretung eines künftigen Anspruchs bewirkt eine Sonderrechtsnachfolge erst in dem Augenblicke der Entstehung des Anspruchs. Mit der Abtretung rückt der Zessionar nur in eine Rechtslage ein, auf Grund deren er künftig den Anspruch, wenn er überhaupt zur Entstehung gelangt, unmittelbar erwirbt. Dabei gelten folgende Sätze: 1. Sie bewirkt unmittelbar, ohne daß es eines weiteren Rechtsakts bedürfte, die Übertragung des künftigen Anspruchs im Augenblicke seiner Entstehung. — 2. Der Anspruch entsteht zwar in der Person des bisherigen Gläubigers, geht aber sofort auf den neuen Gläubiger über (danach bestimmen sich Nebenrechte und Einwendungen). — 3. Der antizipative Abtretungsakt bestimmt das Datum des abgetretenen künftigen Anspruchs. b) Müller berührt in der zit. Abhandlung auch die Frage der Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen; er bejaht sie und wendet sich insbesondere gegen Eccius, JDR. 8 Nr. 4 a. c) Semeka. Es sind zu unterscheiden, die Wartrechtselemente, das Wartrecht und das Vollrecht. Die Wartrechtselemente sind unselbständige Teile, so sieht z. B. § 2094 BGB. ein Wartrechtselement auf einen Teil der Erbschaft beim Ausfall eines Miterben, ein Anwachsungsrecht vor. Scheidet man ein Wartrechtselement als ein selbständiges Rechtsobjekt aus, so entsteht das Wartrecht. Daher kommt man insbesondere für das Problem der Übertragbarkeit künftiger Forderungen zu dem Ergebnisse, daß die zukünftige Forderung nicht eine Forderung ist, zu welcher noch nicht einmal der Grund gelegt ist, sondern daß sie in ihrem rechtlichen und tatsächlichen Substrat geeignet ist, als formell und materiell selbständiges Rechtsobjekt aufgefaßt zu werden. Es läßt sich deshalb auch von einer Veräußerung künftiger Forderungen nur so reden, daß die Verfügungen über das wartrechtliche Substrat, das Wartrecht stattfinden. Es handelt sich nicht um die Zession zukünftiger Forderungen, sondern um die Abtretung des Wartrechts. Das Wartrecht ist also ein verselbständigtes Wartrechtselement und andererseits bildet es eine rechtliche Vorstufe eines künftigen entwickelten Vollrechts. Es verhält sich zu diesem wie die Vormerkung zum vorgemerkten Rechte. Eine Übertragbarkeit, Vererblichkeit und Pfändbarkeit wird regelmäßig zu bejahen sein. Wartrecht oder Anwartschaft ist eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung (159). d) **RG.** JW. **10** 747. Die Abtretung eines bedingten Anspruchs aus einem Darlehnsvorvertrage derart, daß der Anspruch auf Zahlung des Darlehens erst mit dem Eintritt der Bedingung entstand, ist selbst unbedingt und wirksam. Abgetreten ist die durch den Abschluß des Vorvertrags zugunsten des Versprechensempfängers begründete Rechtslage, eine Art Anwartschaft, Warterecht. Die erst in der Person des Zessionars entstehende Forderung hat dieser — als bedingte und daher ungewisse, aber doch als mögliche und dem Rechtsverkehre zugängliche — vom Zedenten mit der Abtretung, nicht erst mit dem Eintritte der Bedingung

erworben. e) OLG. **20** 108 (München). Bei der Abtretung der künftig anfallenden Mietzinsen ist nicht eine einzige, schon beim Abschlusse des Vertrags bedingt existente, gegenwärtige Forderung, sondern sind einzelne, von Zeit zu Zeit in der Zukunft neu entstehende künftige Ansprüche abgetreten. Die Abtretungserklärung wirkt erst im Augenblicke der jeweiligen Entstehung der einzelnen Forderungen dinglich, während zunächst nur eine obligatorische Bindung zwischen Zessionar und Zedenten besteht, die in der Gewährschaftspflicht des letzteren zum Ausdrucke kommt (§§ 437, 438, 445). Der Zessionar ist erst von den einzelnen Zahlungsterminen ab der neue Gläubiger gegenüber dem Schuldner, und letzterer ist bis dahin nicht gehindert, mit dem Vermieter eine Änderung oder Aufhebung des Mietverhältnisses zu vereinbaren, welche sodann einen Teil der Mietforderung nicht entstehen läßt. f) OLG. **20** 193 (Hamburg). Ergreift die Abtretung künftiger Mieten die Mieten aus den vom Zwangsverwalter geschlossenen Verträgen? Jedenfalls insoweit, als es sich um Überschüsse handelt, deren der Verwalter für seine Zwecke nicht bedurfte und deren Einziehung er daher unterließ, so daß diese Beträge durch die Zwangsverwaltung der Verfügung des Eigentümers nicht entzogen wurden.

3. Fiduziarische Abtretung. Inkassomandat (s. IDR. **8** Nr. 5 a, **7** Nr. 6 a, **6** Nr. 8 a, **5** Nr. 4 a, **4** Nr. 3 a, **3** Nr. 3 a, **2** Nr. 3 a). a) Schöny. I. Das Treuhandgeschäft ist ein aus Leistung (dingliche Übertragung) und Zwecksatzung (obligatorische Verpflichtung, pactum fiduciae) zusammengesetztes Rechtsgeschäft, dessen Eigentümlichkeit darin besteht, daß der Empfänger durch den Zwecksatzungsvertrag verpflichtet wird, über das Empfangene nur in bestimmter Richtung zu verfügen, insbesondere es wieder herauszugeben (324). — Die dem Treuhänder geschaffene Rechtsmacht kann dinglich unbeschränkt sein; er wird dann nur obligatorisch zur vertragsmäßigen Verfügung verpflichtet. Es kann aber auch Absicht der Parteien sein, den Treuhänder dinglich zu binden, ihm die Treumacht nicht unbeschränkt, sondern dinglich beschränkt zu übertragen. Deshalb sind zwei verschiedene Gruppen von Rechtsübertragungen zu unterscheiden, deren eine den Begriff der römischrechtlichen fiducia, die andere den der deutschrechtlichen Treuhänderschaft anklingen läßt (298/9). — Die Zuwendung unbeschränkter Rechte geschieht entweder unmittelbar durch den Treuhänder oder durch Dritte (vgl. hierüber o. § 328 Nr. 1). Die Zuwendung beschränkter Rechte wird insbesondere durch die Zufügung einer auflösenden Bedingung erreicht (303 ff., insbes. 305 ff.). Sie ist bei Forderungen möglich (309). II. Hinsichtlich der obligatorischen Verpflichtung hat eine große Reihe von Treuhandgeschäften das Gemeinsame, daß dem Treuhänder die Rechtsmacht übertragen wird, damit er sie verwalte und später die Rechtsmacht zurückübertrage (315). Hierher gehören die „Bevollmächtigungen im Gewande des Eigenrechts" (Kohler, Studien über Mentalreservation 149), darunter insbesondere Inkassozession und Inkassogiro. In diesen Fällen wird dem Treuhänder also eine doppelte Pflicht auferlegt, eine Verwaltungspflicht und eine Rückgabepflicht. Bei der Inkassozession zeigt sich die Verwaltungspflicht darin, daß die Forderung geltend zu machen ist. Bei denjenigen Verpflichtungsverträgen, die in der Hauptsache die beiden erwähnten Pflichten für den Treuhänder erzeugen sollen, handelt es sich um einen Auftrag oder um einen dem Auftrag ähnlichen Vertrag. Erhält jedoch der Treuhänder für seine Verrichtungen eine Vergütung, so liegt kein Auftrag, vielleicht ein Dienstvertrag vor. Da die Verwaltungspflicht aber stets eine Reihe von Geschäftsbesorgungen zum Inhalte hat, so finden auf den Verpflichtungsvertrag als einen Geschäftsbesorgungsvertrag die Regeln des § 675 BGB. An-

wendung. In manchen Fällen von Treuhandgeschäften kann die Verwaltungspflicht soweit zurücktreten, daß der Vertrag den Charakter eines Geschäftsbesorgungsvertrags verliert und sich dem Verwahrungsvertrage nähert, so wenn z. B. wertvolle bewegliche Sachen wie Gemälde, Wertpapiere etwa bei längerer Abwesenheit des Eigentümers übertragen werden. — Der allgemeine Endigungsgrund, daß der Treuhänder das Geschäft willkürlich widerrufen kann, ist nicht für alle Treuhandgeschäfte anzunehmen (335). Nur in den Fällen, in denen das Interesse des Treugebers ganz allein in Frage kommt, wird man es in das Belieben des Treugebers stellen müssen, das Geschäft zu widerrufen, so etwa bei Inkassozessionen; die Widerruflichkeit bei diesen Treuhandgeschäften ist deshalb anzunehmen, weil alle die Verträge, die regelmäßig denselben wirtschaftlichen Zweck anstreben, wie die Geschäftsbesorgungs- und Verwahrungsverträge, frei widerruflich sind (§§ 671, 695 BGB.). Im Zweifel endet das Treuhandgeschäft beim Tode des Treuhänders, da seine Person für das Geschäft von besonderer Bedeutung ist (337). Der Erbe des Treuhänders hat in diesem Falle die im § 673 BGB. aufgestellten Pflichten; insoweit muß das Treuhandverhältnis als fortbestehend gelten, da ja nicht nur die Rechte, sondern auch die Pflichten des Treuhänders sich vererben. Bei der Sicherheitsübereignung werden die Erben in das Recht des Erblassers auf die Sicherheit eintreten. — Der Tod des Treugebers beendet im Zweifel das Treuhandverhältnis nicht, die Ansprüche gehen auf seine Erben über. — Im Konkurse des Treuhänders steht dem Treugeber im Falle unbedingter Übertragung kein Aussonderungsrecht zu (338). — Im Falle auflösend bedingter Übertragung fällt das Recht mit dem Eintritt der Bedingung ohne weiteres an den Treugeber zurück, für Zwischenverfügungen des Treuhänders gelten § 161 Abs. 2 und Abs. 3. Diese Wirkung der Bedingung erstreckt sich auf auch dasjenige, was der Treuhänder mit seiner Rechtsmacht erworben hat (analoge Anwendbarkeit von §§ 1219, 1247, 1287). Ist der Eintritt des Konkurses über das Vermögen des Treuhänders zur Bedingung gesetzt und wird der Konkurs erklärt, so hat der Treugeber einen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO. Auch ist der Treugeber gemäß § 771 ZPO. interventionsberechtigt. III. Im Verhältnis zu Dritten wird nur der Treuhänder berechtigt und verpflichtet, der insoweit mittelbarer Stellvertreter ist (349). — Macht der Treuhänder dem Dritten gegenüber eine Forderung geltend, so kann der Schuldner gemäß § 404 BGB. dem Treuhänder die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (351). Was die Einwendungen des Schuldners aus dem Treuhandverhältnisse betrifft, so dringt der Schuldner mit der Behauptung, die Forderung sei zum Scheine abgetreten, regelmäßig nicht durch; allerdings steht ihm der Beweis frei, daß das Geschäft simuliert sei. Für die Frage, ob der Schuldner einwenden kann, der Zedent habe das Geschäft widerrufen, sind mehrere Fälle zu unterscheiden. Zunächst steht folgendes fest: durch den Widerruf fällt die Treumacht, hier die übertragene Forderung nicht von selbst an den Treugeber zurück; dieser gewinnt nur einen persönlichen Anspruch auf Rückübertragung. Anders liegt die Sache bei auflösend bedingt übertragenen Forderungen, bei denen beim Eintritte der Bedingung die Forderung von selbst zurückfällt. Hat der Treugeber aber nur einen persönlichen Anspruch, so bleibt der Treuhänder nach wie vor Gläubiger der Forderung. Hat nur der Treuhänder an der Forderung selbst kein Interesse, so steht dem Schuldner der Einwand aus § 226 BGB. zu, im anderen Falle kann ihm der Schuldner die Geltendmachung seines Rechtes nicht verwehren. Zu demselben Ergebnisse kommt mit anderer Begründung **RG. 39** 166, **53** 416, das dem Schuldner die Einrede der Arglist gegen den Treuhänder gewährt (vgl. auch zu §§ 328, 398 BGB.). — Handelt es sich um Wech-

selforderungen, so stehen dem Schuldner Einreden nur gemäß § 82 WO. zu; unrichtig ist es, die exc. fiduciae stets als exc. doli aufzufassen; die Einrede der Arglist aus der Person des Treugebers ist unzulässig (gegen Staub, Art. 17 Zusatz 1). **b)** **RG.** R. **10** Nr. 4063 in Bestätigung von LeipzZ. **10** 702 (Dresden). Ernstliche fiduziarische Abtretung der künftigen Mietzinsansprüche zur Sicherung des Hypothekengläubigers mit der Maßgabe, daß der Zedent berechtigt bleiben solle, die Mieten weiter einzukassieren und hiervon die Hypothekenzinsen und die für die Hausverwaltung erforderlichen Anträge abzuziehen, sowie daß die Abtretung den Mietern nicht mitzuteilen sei. — Anders jedoch oben Nr. 1 b wegen Unbestimmtheit. **c)** Begriff der fiducia vgl. § 667. **d)** Inkassozession. α. Rechtskraft. **RG.** JW. **10** 1001 Nr. 8, ZBlFG. **11** 436, WarnE. **3** 501. Bei Inkassozession hat das zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner ergangene Urteil Rechtskraftwirkung auch im Verhältnisse zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner. Wie dies bereits das **RG.** **52** 216 zugunsten des Schuldners ausgesprochen hat, so gilt es auch zugunsten des Inkassozessionars. Dies beruht auf der Fortdauer der wahren Gläubigereigenschaft des Inkassozedenten. (Ist also über die Einreden aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnisse rechtskräftig durch Urteil zwischen dem Schuldner und dem Zedenten entschieden, so steht auch dem Zessionar der Gegeneinwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zur Seite.) β. Wirkung des Widerrufs. OLG. **20** 154, R. **10** Nr. 1344 (Kiel) (vgl. bereits kurz JDR. 8 Nr. 5 a δ). Der durch eine Inkassozession im Innenverhältnisse begründete Werkvertrag ist gemäß §§ 675, 671 frei widerruflich, und zwar mit der Wirkung, daß mit dem Widerrufe nicht nur dem bisherigen Gläubiger gegenüber die Berechtigung des Inkassozessionars zur Einziehung der Forderung wegfällt, sondern daß auch, ohne daß es einer Rückübertragung bedurfte, dem Schuldner aus eigenem Rechte und eigenem Interesse daraus eine Einrede gegen den Zessionar erwächst (**RG.** **53** 416). γ. OLG. **20** 154 (Hamburg). In der Behauptung des Klägers, S. habe ihn beauftragt, ihm, dem S., eine gegen den Beklagten zustehende Darlehnsforderung einzuziehen und S. habe den Beklagten schriftlich von dieser Auftragserteilung benachrichtigt, liegt die Behauptung, daß S. die Forderung zum Zwecke der Einziehung an den Kläger abgetreten und dies dem Beklagten gemäß § 409 BGB. angezeigt habe. δ. Rechtsnatur der Verträge mit Einziehungsbureaus. OLG. **20** 155, R. **10** Nr. 1368, DJZ. **10** 261 (KG. — vgl. hierzu auch oben β —). Verträge mit Einziehungsbureaus derart, daß jeder Partei 50 pCt. der Bareingänge zustehen sollen, sind nirgends gesetzlich geregelt; sie sind insbesondere keine Vollmachtsaufträge im Sinne von ALR. I. 13 §§ 5 ff. Die Rechtsstellung des Inkassobureaus ist viel freier als diejenige eines gewöhnlichen Mandatars. Es ist nicht verpflichtet, die Beitreibung zu versuchen, sondern entscheidet nach seinem Ermessen, bei dem es allein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verfahren hat, ob, wann und welche Schritte es gegen einen Schuldner unternehmen will. Es ist berechtigt, Vergleiche abzuschließen. Für unzweckmäßige Vergleiche haftet es auf Schadensersatz nur bei Verschulden.

4. Der Zedent als Zeuge (s. JDR. **8** Nr. 5 c, **7** Nr. 7 c, **5** Nr. 4 c, **4** Nr. 3 d, **2** Nr. 3 d). JDR. 8 Nr. 5 c α jetzt auch SeuffA. **65** 10, SeuffBl. **10** 34.

5. Übertragung eines Sparkassenguthabens. **a)** **RG.** JW. **10** 329 Nr. 2, SeuffBl. **10** 679, PosMSchr. **10** 38, WarnE. **3** 150. Die Übertragung eines Sparkassenguthabens vollzieht sich durch den bloßen Abtretungsvertrag; die Übergabe des Sparkassenbuchs ist nicht notwendig, jedoch können neben anderen Momenten für den Willen der Vertragschließenden die Übergabe des Buches und die Umschreibung als Indizien dafür verwertet werden, daß die Abtretung gewollt sei. Unter Umständen ist es nötig, festzustellen, ob hiernach die Ab-

tretungserklärung an die Übergabe des Buches oder an die Umschreibung anzuknüpfen ist. b) FrankfRundsch. **44** 159 (Frankfurt). Zu einer Übertragung eines Sparkassenguthabens genügt die bloße in formloser Weise sich vollziehende ausdrückliche oder stillschweigende vertragsmäßige Abtretung der an die Sparkasse bestehenden Forderung, ohne daß es außerdem noch der Übergabe des Buches bedarf.

6. **RG.** LeipzZ. **10** 546, BankA. **9** 335. Die Rechte aus dem Delkredere, welches nicht durch Indossament, sondern außerhalb des Wechselnexus übernommen ist, können von dem Trassanten auf seinen Indossatar nur durch zivilrechtliche Abtretung übergehen. Der Indossatar, der die Rechte aus dem Delkredere durch Zession erworben hat, muß daher auch die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Trassanten und Akzeptanten gegen sich gelten lassen, jedoch ist eine Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner, daß letzterer im Falle der Abtretung der Forderung dem neuen Gläubiger die Einreden aus dem persönlichen Verhältnisse zum ersten Gläubiger nicht entgegensetzen dürfe, zulässig und wirksam. Sie kann auch stillschweigend getroffen werden und der Verkehrssitte der beteiligten Kreise entsprechen.

7. Abtretung einer Werklohnforderung. Anrechnung gemäß § 649 s. u. § 649.

§ 399. Literatur: Wünschmann, Vom pactum de non cedendo, GruchotsBeitr. **54** 209. — Wurzer, Die Übertragbarkeit des Jagdpachtrechts in Preußen, GruchotsBeitr. **54** 354.

1. Abtretung des einen Anspruchs unter Vorbehalt des anderen Anspruchs ist zulässig. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 921, LeipzZ. **10** 555, HoldheimsMSchr. **10** 115, JW. **10** 231 Nr. 7, R. **10** Nr. 1077. Aus § 399 ergibt sich als Regel, daß, soweit nicht eine der Ausnahmebestimmungen der §§ 399 und 400 entgegensteht, von zwei durch den nämlichen Vertrag begründeten Ansprüchen der eine vom Gläubiger abgetreten, der andere aber zurückbehalten werden kann. Ist daher bei einem Lieferungsvertrage zur Sicherung des Lieferanten eine fiduziarische Eigentumsübertragung erfolgt und weiter vereinbart, daß nach Zahlung des Kaufpreises die Sachen dem Käufer der Waren wieder zu übertragen seien, so ist eine Abtretung der Rechte des Käufers aus dem Lieferungsanspruch unter Vorbehalt des Anspruchs auf Rückübertragung der fiduzairisch dem Lieferanten überlassenen Sachen zulässig.

2. Veränderung des Inhalts. OLG. **20** 157 (Rostock). Werden bei der Veräußerung eines Zeitungsunternehmens die tatsächlichen Verhältnisse, unter denen der Redakteur bisher seine Tätigkeit ausübte, durch den Wechsel des Verlagsinhabers derartig geändert, daß eine wesentliche Erschwerung oder Verschlechterung seiner Stellung vorliegt, so ist die Übertragung der Dienste des Redakteurs auf den neuen Verleger unzulässig. Dies ist der Fall, wenn der neue Verleger einen weitgehenden Einfluß auf die Leitung der Zeitung beansprucht und letztere auch ihren parteipolitischen Charakter ändern soll.

3. Abtretung der Baugeldhypothek. **RG.** BayRpflZ. **10** 311. Es ist in der Regel nicht statthaft, die Baugeldhypothek auch dann noch abzutreten, wenn der Schuldner aus der vollendeten Bauausführung nichts mehr zu leisten hat.

4. Abtretbarkeit der Baugelder (s. JDR. **8** Nr. 1, **7** Nr. 2, **6** Nr. 2, **5** Nr. 2, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1, **1** Nr. 8). a) KGBl. **10** 49 (LG. I Berlin). Der Anspruch auf Auszahlung von Baugeld ist nur in der Art abtretbar (pfändbar), daß der Versprechensempfänger der Darlehnsschuldner wird, und unter der Voraussetzung, daß für die Sicherstellung des Zweckes des Baugelddarlehens, die Kosten des Baues zu bestreiten, gesorgt ist. Dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn die Abtretung (Pfändung) an (für) einen Baugläubiger im Sinne der §§ 18, 19 BaugelderG. erfolgt. b) OLG. **20** 364 e (KG. 2. Feriens.).

Die Baugeldforderungen sind abtretbar. Nur können durch die Abtretung nicht die vertragsmäßigen Rechte des Baugeldgebers verkürzt werden. Der Empfänger darf das Baugeld nur zur Bauausführung beanspruchen, der Geldgeber braucht es nur zu diesem Zwecke bereit zu stellen. Letzterer ist berechtigt, die Zahlung abzulehnen, wenn mit Rücksicht auf die Person des neuen Gläubigers oder aus anderen Gründen die Zahlung aufhört, eine vertragliche zu sein.

5. Satz 2. Pactum de non cedendo. a) *Wünschmann. Aus der Fassung der Ausnahme des § 405 (der Schuldner kann sich nicht berufen) und aus § 135, der deshalb anwendbar ist, weil das vertragsmäßige Veräußerungsverbot des § 399 in der Wirkung einem gesetzlichen gleichsteht, folgt, daß die verbotene Abtretung nur dem Schuldner gegenüber unwirksam ist. Daraus werden folgende Sätze hergeleitet: Wenn und soweit der Schuldner den Willen kundtut, die Abtretung gegen sich nicht gelten zu lassen, geht die Forderung nicht über, und der Abtretende wie jeder Dritte kann sich darauf berufen. Allein der Schuldner kann diesen Erfolg herbeiführen, außer im Falle des § 405 BGB. u. § 851 ZPO.; er kann es nicht mehr, wenn er der Abtretung dem Veräußerer oder Erwerber gegenüber zugestimmt hat. In diesem Falle, wie wenn sich der Schuldner nicht auf die Unwirksamkeit beruft, kann dies kein anderer, besonders nicht der Abtretende und dessen Rechtsnachfolger; insofern ist die Forderung übergegangen mit den Nebenrechten und mit der Eigenschaft der Unabtretbarkeit. Der zweite Zessionar ist daher nicht geschützt gegen den Einwand, daß die Forderung schon vorher abgetreten oder abgepfändet war, selbst wenn der Fall des § 405 vorliegt. Daß sich nur der Schuldner auf die Unwirksamkeit berufen kann, ist außer im Falle seiner Zustimmung besonders wichtig im Falle der Hinterlegung der geschuldeten Leistung, auf die also nur der Zessionar Anspruch hat, und bei Erbfolge unter den Beteiligten. Die Rechtsstellung von Bürgen und dritten Verpfändern richtet sich nach der des Hauptschuldners unbeschadet ihrer Einwendungen aus §§ 767 u. 1210. — In gleicher Weise wirkt das pactum bei Übertragung der Forderung kraft Gesetzes, nur daß der Schuldner, der durch seinen Verzug die Übertragung herbeiführt, sich auf das pactum nicht mehr berufen kann. — Alle diese Sätze finden auch Anwendung, wenn die Forderung deshalb nicht abgetreten werden kann, weil sich dadurch der Leistungsinhalt ändern würde. — ➼ Eine nähere — im JDR. bisher nicht erwähnte — Untersuchung derselben Fragen findet sich bereits bei *Landsberg: Das pactum de non cedendo nach gemeinem Rechte und BGB. (Borna-Leipzig 1906), der gleichfalls die herrschende Ansicht bekämpft, aber im Gegensatze zu Wünschmann die Meinung vertritt, das pactum gewähre dem Schuldner eine Einrede. Red. ⇠ **b) RG.** R. **10** Nr. 3325. Ist durch Vertrag die Verpfändung einer Forderung verboten (§ 1274 Abs. 2), so folgt daraus noch nicht, daß eine trotzdem seitens des Gläubigers erfolgende Verpfändung auch im Verhältnisse des Gläubigers und des Dritten überhaupt rechtsunwirksam ist. Vielmehr ist die Auslegung zulässig, daß im Verhältnisse dieser letzteren mit obligatorischer Wirkung derjenige Rechtserfolg einzutreten hat, den die Verpfändung nach der dinglichen Seite nicht zu erzeugen vermochte. Auch kann eine unwiderrufliche Bevollmächtigung des Dritten zur Einziehung der Forderung zum Zwecke seiner Befriedigung nach § 168 Satz 2 gewollt sein (**RG. 52** 99). **c)** HansGZ. **10** Beibl. 7, R. **10** Nr. 3475 (Hamburg). Der vertragsmäßige Ausschluß der Abtretung einer Forderung hat dingliche Wirkung und kann auch von dem Zedenten geltend gemacht werden. **d)** HansGZ. **10** Beibl. 6, R. **10** Nr. 3476 (Hamburg). Eine Vereinbarung zwischen zwei Personen, daß die der einen gegen einen Dritten zustehende Forderung nicht übertragbar sein solle, verstößt gegen § 137 und hat keine dingliche Wirkung.

6. Bürgschaft. **RG.** JDR. **8** Nr. 5 b jetzt auch SeuffA. **65** 144.

7. Unübertragbarkeit von Altenteilsrechten nach ge-

meinem Rechte. a) SeuffA. **66** 66, BayObLG. **10** 613 (München). Nach dem gemeinen Rechte sind Ansprüche nicht übertragbar, bei denen nach dem Willen der Parteien die Berechtigung an die Person eines bestimmten Gläubigers geknüpft sein soll. Ein solcher Vertragswille ist in Ansehung von Leibgedingsreichnissen anzunehmen, welche sich die übergebenden Eltern bei der Gutsübergabe an ihre Kinder neben dem Übergabspreise zu dem Zwecke bedingen, um sich für den Rest ihres Lebens den Unterhalt zu sichern. b) BayRpflZ. **10** 455 (München). Nach gemeinem Rechte ist die Übertragung der jährlichen Bezüge aus einem ungemessenen, nach dem Bedarfe des herrschenden Grundstücks sich richtenden Streubezugsrecht unzulässig.

8. Wurzer, GruchotsBeitr. **54** 354. Der Jagdpächter bedarf in allen Fällen der Übertragung, sowohl bei der Weiterverpachtung (§ 22 Ziff. 3 JagdO.), als auch bei sonstigen Arten der Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 549 BGB. der Zustimmung des Verpächters; der Pächter eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks bedarf zur Weiterverpachtung außerdem noch der Genehmigung des Kreis- oder Bezirksausschusses. — Ebenso ist die Pfändbarkeit zu verneinen und die Pfändung nur zuzulassen, wenn die Zustimmung derjenigen Personen und Behörden beigebracht wird, denen nach § 22 JagdO. und § 549 BGB. das Genehmigungsrecht zur Überlassung des Rechtes an Dritte verliehen ist (§ 857 ZPO.). Dasselbe gilt für die Verpfändung (§ 1274 Abs. 12). — Vgl. ferner wegen der Erbfolge Wurzer ebenda 372 ff.

§ 400. Über die Pfändbarkeit des Jagdpachtrechts s. § 399 Nr. 8.

§ 401. R. **10** Nr. 2796 (Hamburg). Zu den Rechten, die mit der übertragenen Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen, gehört nicht das sogenannte fiduziarische Eigentum.

§ 404. 1. **RG. 72** 213, R. **10** Nr. 40. Durch § 404 werden bei der Zession eines Anspruchs aus einem gegenseitigen Vertrag oder eines auflösend bedingten Anspruchs die sich hieraus ergebenden Einwendungen nicht ausgeschlossen. Die Veränderungen, die das Schuldverhältnis durch Handlungen oder Unterlassungen des Zedenten in seiner Eigenschaft als Schuldner erleidet, hat daher, weil die Passivseite durch den Gläubigerwechsel nicht getroffen wird, der Zessionar zu tragen. Sie wurzeln in dem ursprünglichen Vertrag und bedeuten eine unvermeidliche Schwächung der Rechtslage des neuen Gläubigers. Bei der Feuerversicherung kann daher der Versicherer, wenn der Anspruch auf die Versicherungssumme abgetreten ist, dem neuen Gläubiger gegenüber geltend machen, daß der Anspruch durch das Verhalten des Versicherungsnehmers nach der Abtretung verwirkt sei.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2163. Dem Zessionar können zwar die Einreden entgegengesetzt werden, die dem Schuldner gegen ihn erwachsen sind; der Schuldner kann aber nicht nach § 254 ein Mitverschulden des Zessionars geltend machen, da er nicht der Beschädigte ist.

3. Über Einreden bei fiduziarischen Abtretungen vgl. Schöny III oben § 398 Nr. 3 a.

§ 405. 1. *Wünschmann, Vom pactum de non cedendo, GruchotsBeitr. **54** 209 — s. § 399 Nr. 5 a —. Dem Zessionare des Zessionars kann das pactum de non cedendo nur dann nicht eingewendet werden, wenn die Voraussetzungen des § 405 BGB. bei der Abtretung an ihn vorliegen.

2. OLG. **20** 158 (Darmstadt). Der Schutz des § 405 kommt allen Rechtsnachfolgern des gutgläubigen Erwerbers zu, auch den bösgläubigen Rechtsnachfolgern.

§ 406. 1. **RG.** JW. **10** 147, SeuffA. **65** 390, HansGZ. **10** Beibl. 159, WarnE. **10** 108. Unrichtig ist es, daß der Schuldner nicht aufrechnen könne, wenn seine Gegen-

forderung dem Zedenten gegenüber wegen Ungleichartigkeit nicht aufrechenbar war und erst in den Händen des Zessionars gleichartig wurde. Es genügt, daß die Forderung des Zedenten als bedingte Geldforderung der Geldforderung des Schuldners gegenübergestanden hat. Die Gleichartigkeit der Forderungen ist nur ein Erfordernis für die Durchführung der Aufrechnung.

2. Ebenso **RG. 73** 138, JW. **10** 388, LeipzZ. **10** 463 Nr. 17, R. **10** Nr. 1508 in Bestätigung von OLG. Hamburg, JDR. 8 § 406 Nr. 3. Die Gleichartigkeit der Forderungen ist nur erforderlich für die Zeit, wo die Aufrechnung erfolgt, braucht aber zu der Zeit, wo der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erlangt, nicht vorhanden gewesen zu sein. Die abweichende Meinung der Kommentare Planck Bem. 2, Staudinger Bem. 1 Abs. 2 zu § 406, Rehbein II 408 ist trotz **RG. 29** 206 (betrifft ALR. und anderen Sachverhalt) unrichtig.

§ 407. Literatur: Berndt, Muß der neue Gläubiger eine Leistung, die ein Dritter nach der Abtretung in Unkenntnis derselben an den bisherigen Gläubiger bewirkt, gegen sich gelten lassen? SeuffBl. **10** 676. — Ulsamer, Zu § 407 BGB., SeuffBl. **10** 777.

1. Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot (Festgabe für K. Güterbock). **Berlin** 1910. S. 442. Die Bestimmung ist auch anwendbar, wenn der Schuldner in Unkenntnis eines relativen Veräußerungsverbots zahlt.

2. Leistung eines Dritten. a) Berndt. Der neue Gläubiger muß die Leistung eines Dritten nicht gegen sich gelten lassen, welche dieser nach der Abtretung in Unkenntnis derselben an den bisherigen Gläubiger vornimmt. Denn gegen eine solche Leistung eines beliebigen Dritten kann sich der neue Gläubiger nicht durch Anzeige von der Abtretung schützen. b) Hiergegen Ulsamer. Unter den Voraussetzungen der §§ 407, 267 BGB. muß der neue Gläubiger auch die nicht vom Schuldner in Person, sondern von einem Dritten an den bisherigen Gläubiger bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner im Augenblicke der Leistung von der Abtretung Kenntnis hat.

3. FrankfRundsch. **10** 60 R. **10** Nr. 3724 (Frankfurt). Die Vorschrift ist auf eine Mietzinszahlung, die, nachdem der bisherige Eigentümer des zur Zwangsversteigerung gelangten Grundstücks die Mietzinsforderung wirksam abgetreten hatte, vom Mieter demnächst an den Ersteher bewirkt ist, entsprechend anwendbar; der Zessionar hat, falls er die Zahlung gegen sich gelten lassen muß, gegen den Ersteher einen Herausgabeanspruch nach § 816.

4. Kenntnis. a) **RG. 74** 117, JW. **10** 937, LeipzZ. **10** 928. Jede Kenntnis des Schuldners genügt. Nicht erforderlich ist „sichere" Kenntnis in dem Sinne, daß die Möglichkeit irgendeines Zweifels als ausgeschlossen zu gelten hat. Die Kenntnis kann unter Umständen schon durch die einfache, an sich nicht unglaubwürdige Anzeige des neuen Gläubigers vermittelt werden, sofern dieser seiner Persönlichkeit nach vertrauenswürdig ist und sofern auch seine wirtschaftliche Lage den Gedanken an eine beabsichtigte Täuschung ausschließt. Urkundlicher Nachweis ist nicht erforderlich. b) **RG.** WarnE. **3** 448, R. **10** Nr. 4064. Kenntnis einer früheren Abtretung wird nicht schon durch eine nach der Pfändung eintreffende Mitteilung eines Dritten begründet, daß er die Forderung (ohne Datumsangabe) gekauft habe.

§ 409. *Klein, Kurze Erörterungen aus der Lehre von den Mitteilungen, SeuffBl. **10** 460 ff. (462). Die Anzeige kann nur von einem vollgeschäftsfähigen Gläubiger vorgenommen werden (§ 107).

§ 410. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 63, LeipzZ. **10** 75. Der Einwand aus § 410 führt grundsätzlich nicht zur Abweisung der Forderung des neuen Gläubigers,

sondern bewirkt lediglich, daß der Schuldner zur Leistung Zug um Zug gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde verurteilt wird.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 63. § 410 enthält einen der Verfügung des Schuldners anheimgegebenen Rechtsbehelf, den der Richter nicht von Amts wegen zur Geltung bringen kann.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Die Literatur hat sich auch dieses Mal des 5. Abschnitts ganz besonders angenommen. Die beiden Abhandlungen von Strohal und Lippmann (vgl. § 414) behandeln die theoretisch und praktisch gleich wichtige Materie ausführlich. Besonders Strohals Aufsatz ist eine bedeutende Leistung, die auch den künftigen Abänderungsvorschlägen, die zu § 416 bevorstehen dürften, zugute kommen wird. Strohal macht bereits selbst Vorschläge de lege ferenda (vgl. § 415 Nr. I 1 unter A 2, § 416 Nr. 6). — Gegen die jetzt herrschende Lehre von der Sondernachfolge in die Schuld, auf deren Boden auch Lippmann steht (§ 414 Nr. I 2), vertritt Strohal die Auffassung, daß die Schuldübernahme auf einem mit dem Verfügungsvertrage sich verknüpfenden Verpflichtungsvertrage beruht; neue Haftung — neues Recht. — Reichel (§ 414 Nr. III b) hebt noch einmal die Unterschiede zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme hervor. — Die Streitfragen zu § 415 werden von Strohal und Lippmann erneut behandelt. Nach Strohal (§ 415 Nr. I 1 unter B 4) wird der Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Altschuldner geschlossen, wobei letzterer als vollmachtloser Vertreter des Gläubigers auftritt. Lippmann (§ 415 Nr. I 2) dagegen schließt sich der Vertrags- oder Antragstheorie an. — Ausführlich wird von beiden auch die Wirkung der Schuldübernahme auf gesetzliche Bürgschaften und andere Nebenrechte behandelt (§ 418 Nr. I 1 und 2). — Die Judikatur behandelt nur wenige Einzelheiten ohne neue prinzipielle Gesichtspunkte.

§ 414. Literatur: Lippmann, Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs, AZivPr. **107** 1 ff. — Reichel, Formstrenge Bürgschaft und formfreie Schuldmitübernahme, BayRpflZ. **10** 125. — Strohal, Schuldübernahme, JheringsJ. **57** 231 ff.

I. Dogmatisches. Begriff und Wesen der Schuldübernahme. 1. Strohal. A. Nach der herrschenden Lehre ist sie lediglich ein Verfügungsgeschäft, nach Sohm lediglich ein Verpflichtungsvertrag, nach Strohal ist beides der Fall. Indem der Gläubiger den Altschuldner von der Haftung befreit, hat die Schuldübernahme eine Verfügungswirkung. Die Schuldübernahme löst ferner eine Verpflichtung des Übernehmenden zur Leistung desjenigen aus, was bisher der Altschuldner schuldete. Während die herrschende Lehre hier eine kraft des Schuldübernahmevertrags sich vollziehende Sondernachfolge des Übernehmers in die bisherige Schuld des Altschuldners annimmt, beruht nach Strohal der Eintritt dieser Wirkung auf einem mit dem Verfügungsvertrage sich verknüpfenden Verpflichtungsvertrage.

B. Zur Widerlegung der herrschenden Lehre von der Sondernachfolge in die Schuld weist Strohal auf Grund allgemein bekannter Rechtsgrundsätz nach (273), „daß für den Gläubiger eines ihm persönlich haftenden Schuldners eine durch einen umfangreichen Komplex von in sich zusammenhängenden Vorschriften rechtlich gesicherte Anwartschaft auf Erlangung der Befriedigung (bzw. auf Erlangung eines entsprechenden Ersatzes wegen unterbleibender ordnungsmäßiger Befriedigung) aus dem Vermögen seines Schuldner zusteht. Tritt daher an die Stelle des bisherigen persönlichen Schuldners ein anderer persönlicher Schuldner, auf den das Aktivvermögen des ersteren nicht übergeht, wie

im Falle von § 419, so vollzieht sich dadurch eine so wesentliche Veränderung der bisherigen Rechtslage, daß sich die Annahme einer Sondernachfolge des Neuschuldners in die Verpflichtung des Altschuldners von selbst auszuschließen scheint. Der Wechsel in der Person des Schuldners hat zugleich die Enthaftung des Altschuldners und die Verhaftung des Vermögens des Übernehmers zur Folge. Dementsprechend ändert sich aber auch wesentlich das Recht des Gläubigers, der anstatt seiner bisherigen rechtlichen Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Vermögen des Altschuldners nunmehr eine Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Vermögen des Neuschuldners erlangt."

C. Strohal geht sodann auf die germanistische Lehre von Schuld und Haftung ein (274—307). Die gemeinrechtliche Lehre hatte sich einen formalistisch blutarmen und inhaltlosen Obligationsbegriff gebildet und hierbei das Wichtigste, die Haftung, vollständig übersehen. Das deutsche Recht hat von Anfang an zwischen Schuld und Haftung unterschieden. Aber wie sich allmählich der Satz gebildet hatte „wer schuldet, haftet kraft Rechtens auch persönlich", so gilt auch heute nach BGB. der Satz, daß jeder für eine Schuld mit seinem Vermögen Haftende zugleich persönlicher Schuldner ist, d. h. auch leisten soll und umgekehrt. Wie es jedoch ausnahmsweise Schulden ohne Haftung gibt, z. B. die verjährte Forderung, so sind auch sonst Schuld und Haftung selbständig zu beurteilen. Beide können auf verschiedenen Tatbeständen beruhen; verschiedene Haftungen können nebeneinander bestehen; aus jeder Haftung entsteht dann ein besonderes Recht: ein Sachrecht bei Sachhaftung, ein Forderungsrecht bei persönlicher Haftung. Hieraus folgt, daß bei neuer Haftung ein neues Recht entsteht, womit die Theorie von der Sondernachfolge in die Schuld bei der Schuldübernahme widerlegt ist.

D. Auch die gesetzlichen Bestimmungen sind derart, daß keine von ihnen zu ihrer Erklärung der Annahme einer Sondernachfolge bedarf, wohl aber schließen eine Reihe von Bestimmungen diese Annahme aus. 1. Die Mitwirkung oder Genehmigung des Gläubigers ist erforderlich, da das Recht des Gläubigers durch die Schuldübernahme eine wesentliche Veränderung erfährt. — 2. Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse hat der Übernehmer nicht. — 3. Das „Wofür" der Haftung bestimmt sich nach dem Verhältnisse zwischen Gläubiger und Altschuldner. Hieraus erklärt sich die Haftung des Übernehmers für gewisse Nebenleistungen, z. B. für die später fällig werdenden Zinsen oder für eine Vertragsstrafe und die Vorschrift des § 417 Abs. 1. Die Verjährung ist aber gegen den Übernehmer selbständig zu beurteilen. Jedoch ist eine auf Anrechnung der in der Person des Altschuldners verstrichenen Verjährungszeit in die zugunsten des Übernehmers laufende Verjährung gerichtete nicht notwendig ausdrückliche Verabredung zulässig (320). Das Anfechtungs-, Widerrufs- und Rücktrittsrecht steht dem Übernehmer als solchem nicht zu. Dagegen bildet die Schuldübernahme kein Hindernis für die Ausübung dieser Rechte durch den Altschuldner. Der Übernehmer kann also den sich hieraus ergebenden Nichtbestand der übernommenen Schuld dem Gläubiger im Wege der Einwendung entgegenhalten (325). — Auch eine gegenständlich beschränkte Haftung kann übernommen werden (330). — Der Übernehmer kann endlich die Nichtigkeit des Schuldübernahmevertrags und Einwendungen aus dem zwischen ihm und diesem bestehenden Rechtsverhältnis entgegenstellen (335). — 4. Auch das im § 418 Abs. 1 bestimmte Erlöschen der Sicherungsrechte des Gläubigers ist eine Konsequenz der richtigen Theorie (vgl. hierzu oben § 418 Nr. 1). — 5. Auch bei der nach § 91 ZVG. zu beurteilenden Schuldübernahme zeigen die gesetzlichen Bestimmungen und die praktischen Ergebnisse, daß die Sukzessionstheorie falsch ist. Denn wie soll es möglich sein, daß der Übernehmer als Sondernachfolger des Altschuldners in eine Schuld eintritt, die im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Altschuldner

als durch Befriedigung erloschen anzusehen ist? Wie diesen, so gibt es zahlreiche Fälle der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme, in denen mit ihr für das Verhalten des Gläubigers zum Altschuldner derselbe rechtliche Erfolg eintritt, wie wenn jener durch diese befriedigt worden wäre. Die Verpflichtung des Übernehmers gegenüber dem Gläubiger kann daher auch mit der als durch Erfüllung erloschen anzusehenden bisherigen Verpflichtung des Altschuldners nicht identisch sein. — 6. Ebenso widerlegt die Möglichkeit einer nachträglichen Umwandlung der kumulativen in eine privative Schuldübernahme die Sukzessionstheorie. Denn in diesem Falle kann eine translative Sukzession des gegenwärtigen Alleinschuldners in die Schuldpflicht des Altschuldners schon deswegen nicht gegeben sein, weil die Haftung jenes Schuldners in dem gleichen Umfang, in dem sie später fortdauert, schon vor der Erlöschung der Haftung dieses Schuldners zur Entstehung gelangt war.

2. Lippmann. Wie die Forderungsübertragung die aktive Seite eines Schuldverhältnisses betrifft, so die Schuldübernahme die passive Seite desselben. Damit ist die Ähnlichkeit beider zusammenhängend im BGB. dargestellten Institute bezeichnet. Die Lehre von der Schuldübernahme ist eben nicht die Lehre von einem besonderen Modus der Erfüllung der Obligation zwischen Gläubiger und Urschuldner, wie ein solcher Modus der Erfüllung die Aufrechnung, die Hinterlegung, die Angabe an Zahlungsstatt ist, in deren unmittelbarem Anschlusse sie sonst im Gesetzbuche behandelt sein müßte. Sie ist vielmehr, ähnlich wie die Lehre von der Forderungsübertragung, eine solche vom Bestande, Fortbestande des Schuldverhältnisses trotz Schuldnerwechsels. Daß die Wirkung der Schuldübernahme dem Urschuldner zugute kommt, indem sie ihn von der Schuld frei macht, übrigens nicht die einzige und hauptsächlichste Wirkung, bedingt nicht die Notwendigkeit einer besonderen Stellungnahme des Urschuldners in dem Schuldübernahmegeschäft. Ähnlich wie bei der Zession einer Forderung schon der Vertrag zwischen altem und neuem Gläubiger den Schuldner dem ersteren gegenüber frei macht, macht hier auch schon der Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer den Urschuldner überhaupt frei. Es ist ein Verdienst des Gesetzbuchs, daß es durch seine Anordnung des Stoffes den Schuldnerübernahmebegriff von den Schlacken befreit hat, mit denen er durch die Behandlungsweise der gemeinrechtlichen Theorie noch behaftet war. Indem es, ebenso wie für das Recht der Forderungsübertragung den § 398, so für das Recht der Schuldübernahme den § 414 an die Spitze seiner gesetzgeberischen Gedanken gestellt hat, bestimmt es den Grundgedanken der ganzen Lehre, auf dem sich die Einzelheiten derselben aufbauen sollen und bringt zugleich die bisherige Theorie zu einem bestimmten Abschlusse. Erst das Gesetzbuch hat den Begriff der Schuldübernahme in seiner ganzen Klarheit erkannt. Es hat ihn „entdeckt". — Von diesem Grundgedanken aus erörtert Lippmann, daß die Schuldübernahme — der Rechtsakt, durch den der Dritte in das Schuldverhältnis des Urschuldners zum Gläubiger und an die Stelle des ersteren tritt — nur durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer zustande kommt (1 ff.). Es gibt daneben nicht noch eine Schuldübernahme gemäß § 415. § 415 enthält nur Bestimmungen über die Vereinbarung einer Schuldübernahme, und eine solche kann auch nur geschlossen werden zwischen dem alten und neuen Schuldner, wie die Schuldübernahme selbst nach § 414 wiederum nur zustande kommen kann durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer (4).

II. Aus der Praxis. 1. a) **RG.** JW. **10** 651, LeipzZ. **10** 618 Nr. 4, HoldheimsMSchr. **10** 199, R. **10** Nr. 2509. Wenn bei Ausscheiden des einen Teilhabers aus der Firma die Übernahme der Geschäftsschulden durch den anderen nicht nur in geschäftsüblicher Weise bekannt gemacht wird, sondern besondere Umstände vorliegen, kann befreiende Schuldübernahme angenommen werden. Solche

Umstände lagen vorliegend darin, daß der Gläubiger selbst die Vereinbarung durch seine Vermittlung herbeigeführt hatte und daß nach der besonderen Sachlage dem Ausscheidenden, der auf jede Abfindungssumme verzichtet hatte, mit einer bloßen Erfüllungsübernahme nicht gedient sein konnte. **b)** **RG.** ZBlFG. **10** 802. Die Annahme eines neuen Schuldners und der von ihm gebotenen Sicherheiten braucht nicht notwendig eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 oder eine schuldaufhebende Novation zu sein, dazu gehört vielmehr der, wenn auch nur aus konkludenten Handlungen zu entnehmende Wille des Gläubigers, den früheren Schuldner aus seiner Schuldverbindlichkeit zu entlassen. Ob dieser Wille vorhanden war, ist Tatfrage. **c)** ElsLothJZ. **10** 298 (Colmar), Die Worte gegenüber dem Bevollmächtigten des Gläubigers eines Schuldners „Ich werde, was ich dem letzteren schuldig bin, einbehalten und an seinen Gläubiger bezahlen" bedeuten keine Art einer Schuldübernahme, sondern enthalten nur das Versprechen, das an den Schuldner des Gläubigers geschuldete Geld zurückzubehalten und es an letzteren selbst auszubezahlen, jedoch unter der selbstverständlichen Bedingung, daß dieser damit einverstanden sein und er hierdurch von der eigenen Schuldverbindlichkeit befreit werde. Tritt diese Bedingung nicht ein, so ist das erwähnte Versprechen unverbindlich.

III. Kumulative Schuldübernahme (s. JDR. **8** Nr. 6, **7** Nr. 3, **6** Nr. 4, **5** Nr. 2, **4** Nr. 1, **3** Nr. 2, **2** Nr. 4, **1** Nr. 4 b). a) Lippmann 62 ff. wendet sich gegen Hellwigs Vorstellung von einer Schuldsukzession. **b)** Reichel — vgl. JDR. 8 Nr. 2 —. Um dem entgegenzutreten, als ob jede formlose Bürgschaft in eine kumulative Schuldübernahme (Schuldmitübernahme) umgedeutet werden könnte, präzisiert Reichel noch einmal die Unterschiede beider Institute folgendermaßen: 1. Verschieden ist der Inhalt der versprochenen Leistung. Der Bürge verspricht Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld, Aufkommen mit dem eigenen Vermögen für den Fall, daß der Hauptschuldner leisten nicht will oder kann. Der Schuldmitübernehmer dagegen verspricht, eine der vom Urschuldner geschuldete gleichartige Leistung aus dem Grunde, aus dem der Urschuldner die seine schuldet, neben diesem als Gesamtschuldner schulden zu wollen, also dort Einständerschaft, hier Gesamtschuldnerschaft. 2. Verschieden ist der Zweck des Vertragsabkommens. Der Bürge will den Gläubiger sichern. Der Schuldmitübernehmer dagegen will die Urschuld auf sich überleiten. Der Bürge will nie Hauptschuldner, der Schuldmitübernehmer will stets Hauptschuldner werden. 3. Verschieden sind ferner die Rechtsfolgen. Der Bürge haftet regelmäßig subsidiär und ausnahmslos akzessorisch, der Schuldmitübernehmer grundsätzlich weder akzessorisch noch subsidiär. **c)** **RG.** JDR. **8** Nr. 6 d jetzt auch GruchotsBeitr. **54** 149. **d)** OLG. **10** 163 (Hamburg). Die Erklärung des Bauleiters „Die Baugelder gehen durch meine Hände, ich zahle Ihnen direkt aus den Baugeldern" enthält die persönliche Verpflichtung, den Lieferanten aus den Baugeldern zu bezahlen. Es ist das weder eine Bürgschaft zugunsten des zahlungsunfähigen Bauherrn, an den zu liefern der Lieferant abgelehnt hatte, noch ein selbständiges Zahlungsversprechen, noch eine Schuldübernahme, da der Bauleiter nicht die Schuld auf sich nehmen, sondern aus fremden Geldern bezahlen will, sondern es ist eine Verpflichtung eigener Art, welche der allgemeinen Regel der Formlosigkeit obligatorischer Verträge unterliegt. Ob die Erklärung eine gleichmäßige Befriedigung aller Baugläubiger aus den Baugeldern bedeutet, läßt sich nicht allgemein sagen.

§ 415. Literatur: wie zu § 414.

I. Der Vertrag nach § 415. 1. Strohal. A. Zur Auslegung des Vertrags: 1. Nach der Laienauffassung ist es das Natürliche, daß der Übernehmer in der Lage sein müsse, die Befriedigung des Gläubigers insoweit ab-

zulehnen, als für ihn eine wirksame Verpflichtung zum Tragen der Schuld durch das zwischen ihm und dem Altschuldner bestehende Kausalverhältnis nicht gegeben ist. Da diese Auffassung aber nicht dem Wesen der Schuldübernahme nach dem BGB. entspricht, kann sie auch nicht für die Auslegung des zwischen dem Altschuldner und dem Übernehmer geschlossenen Vertrags maßgebend sein. Wohl aber ist sie insofern von Bedeutung, als zunächst zu untersuchen ist, ob im konkreten Falle angenommen werden darf, daß der mit dem Altschuldner kontrahierende Dritte seine Bereitschaft zur Schuldübernahme im Sinne des BGB. aussprechen wollte. Diese Frage aber ist, ungeachtet der von den Parteien gebrauchten Ausdrücke zu verneinen, wenn sich aus den für die Auslegung des Vertragswillens in Betracht kommenden Umständen ergibt, daß der Dritte eine wesentliche Rechtsfolge der Schuldübernahme ausgeschlossen wissen wollte (405). — 2. Eine Garantie gegen die dem Übernehmer meist unbekannten Gefahren würde gegeben sein, wenn der Dritte im Wege eines mit dem Altschuldner geschlossenen Vertrags an die Schuldübernahme mit der im § 415 vorgesehenen Wirkung zugunsten des Gläubigers nur durch eine von ihm zur offensichtlichen Verwendung gegenüber dem Gläubiger schriftlich erteilte Erklärung gebunden werden könnte. Die Aufnahme der für den Gläubiger belanglosen Vertragspunkte würde der Zweckbestimmung dieser Urkunde widersprechen. Als nützlich würde sich dagegen die Aufnahme der Klausel empfehlen, daß dem Dritten im Falle des Wirksamwerdens der Schuldübernahme durch den Beitritt des Gläubigers die im § 417 Abs. 2 bezeichneten Einwendungen gegenüber dem Gläubiger nicht zustehen (408/9).

B. Rechtliche Natur des Vertrags nach § 415. Abzulehnen sind: 1. Die Theorie, daß ein Vertrag zugunsten Dritter vorliege. Denn die nach § 334 zulässige Geltendmachung von Einwendungen aus dem mit dem Versprechensempfänger geschlossenen Vertrag ist gerade bei der Schuldübernahme gemäß § 417 Abs. 2 ausgeschlossen (414). — 2. Die Verfügungstheorie. Denn es handelt sich hier um Vorgänge, welche von den sonstigen Verfügungen Nichtberechtigter grundverschieden sind. Bei der Schuldübernahme erwirbt der Übernehmer als Verfügungsempfänger kein Recht, sondern Lasten, und die spezifische Verfügungswirkung, nämlich die Befreiung von der Schuld, tritt in der Person des Verfügenden selber ein (422). — 3. Die Angebotstheorie, wonach die Vereinbarung nach § 415 die durch den Dritten erfolgende Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zum Abschlusse des Schuldübernahmevertrags mit dem Gläubiger ist. Ihr steht entgegen, daß weder die Mitteilung der Antrag, noch die Genehmigung die Annahme des Antrags sein können, beides widerspricht den tatsächlichen Vorgängen und den gesetzlichen Bestimmungen (433 f.). — 4. Richtig ist allein die Theorie des Vertragsschlusses zwischen dem Übernehmer und dem Altschuldner, welcher hierbei als vollmachtloser Vertreter des Gläubigers auftritt, so daß auch hier der Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger geschlossen wird. Nach der vom Gesetz angenommenen Absicht der Vertragschließenden ist — nach Strohal — der Schuldübernahmevertrag als ein vom Altschuldner unter der positiven Bedingung, daß dem Gläubiger die im § 415 Abs. 1 vorgesehene Mitteilung gemacht wird, und unter der negativen Bedingung, daß Altschuldner und Dritter von der vorbehaltenen Möglichkeit, den Vertrag wieder aufzuheben oder zu ändern, keinen Gebrauch machen, im Namen des Gläubigers geschlossener und durch Genehmigung des Gläubigers zwischen diesem und dem Dritten zur Wirksamkeit gelangender anzusehen (439 f., insbesondere 442). Die nach § 415 vor sich gehende Schuldübernahme ist also ihrem Wesen nach dasselbe Geschäft, wie die nach § 414 vereinbarte (445).

C. Folgerungen. 1. Die Genehmigung nach § 415 hat für die Regel keine rückwirkende Kraft, die Wirkung der Schuldübernahme tritt erst

mit dem Zeitpunkte der Genehmigung ein (447). — 2. § 185 ist nicht anwendbar, da es sich nach Strohals Auffassung um einen gemäß § 177 zu beurteilenden Tatbestand handelt (451). Auch die Anwendung des § 177 Abs. 2 ist ausgeschlossen (455). — 3. Aus Strohals Auffassung folgt ferner, daß der Übernehmer aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Altschuldner dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten kann (456/7). — 4. Die Anfechtung der auf die Schuldübernahme gerichteten Vereinbarung zwischen Altschuldner und Übernehmer ist in folgender Weise möglich. Der Übernehmer kann wegen Irrtums oder Betrugs anfechten durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger oder dem Altschuldner als dem Vertreter jenes; teilt er jedoch in Kenntnis des Anfechtungsgrundes dem Gläubiger die Schuldübernahme mit, so liegt darin eine Bestätigung nach § 144 (460).

2. Lippmann 72 f. Lippmann schließt sich der Vertrags- oder Antragstheorie an. Die Verfügungstheorie ist falsch, da die Schuldübernahme keine Veräußerung (Verfügung) ist. Die Genehmigung nach § 415 ist weder gemäß § 185 noch gemäß §§ 182—184 zu beurteilen (98). Es handelt sich dabei nicht um eine bloße Ergänzung oder Vervollständigung eines schon fertigen Vertrags, sei es nach der objektiven, sei es nach der subjektiven Seite. Damit ist die Antrags- oder Vertragstheorie gerechtfertigt. Die „Mitteilung" des § 415 ist Vertragsantrag, die „Genehmigung" Annahme dieses Antrags und Vertragsabschluß. Zu einer solchen Auffassung ist man unbedingt gezwungen, weil der Inhalt des Abkommens mit dem Gläubiger unzweifelhaft ein wesentlich anderer ist, als der des Vertrags zwischen Schuldübernehmer und Urschuldner. Das erstere Abkommen ist zwar die natürliche Entwickelung der Sache, aber nicht notwendige Konsequenz des letzteren Vertrags.

II. Die „Genehmigung" insbesondere. 1. Lippmann 101. Die Genehmigung bedarf derselben Form, welche nach § 414 für die Erklärung des Gläubigers erforderlich ist.

2. Das Verhältnis der beiderseitigen Mitteilungsrechte von Übernehmer und Urschuldner zueinander. a) Strohal. 1. Wenn einer der Bestimmungsberechtigten dem Gläubiger eine Frist bereits gesetzt hat, so ist eine nachfolgende Fristsetzung durch den anderen nur wirksam, wenn sie die erste Frist abkürzt. — 2. Wenn die beiden Bestimmungsberechtigten in selbständigen, dem Gläubiger gleichzeitig zugehenden Erklärungen verschiedene Fristen gesetzt haben, so ist die kürzere Fristbestimmung maßgebend. — 3. Diese Regelung erscheint praktisch unbrauchbar. Strohal schlägt daher vor, daß eine gesetzliche Frist etwa von zwei Wochen in der Art maßgebend sein solle, daß die vom Gläubiger vor Ablauf der Frist nicht genehmigte Schuldübernahme als nicht erfolgt gilt. b) Lippmann 117 ff. Beide Mitteilungen sind nicht gleichwertig. Vielmehr wäre Satz 2 Abs. 1 § 415 dahin zu verbessern, daß „die Genehmigung erst erfolgen kann, wenn der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat" (122). Wenn der Urschuldner mitteilt, der Übernehmer gleichzeitig widerspricht, so liegt eine rechtswirksame Mitteilung nicht vor. Im umgekehrten Falle liegt einfach der Tatbestand des § 414 vor. Zu diesem Tatbestand ist im Falle des § 415 nur der Schuldübernahmevertrag zwischen Übernehmer und Urschuldner hinzugetreten, der aber bedeutungslos für die Sache ist, weil nach § 414 es gar nicht darauf ankommen kann, ob der Urschuldner mit einem etwa zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer geschlossenen Vertrag einverstanden war oder nicht. Ebenso entscheidet stets der Übernehmer in dem Falle, wenn beide hinsichtlich der Frist differieren oder wenn der Gläubiger auf die Mitteilung des einen Teiles bereits die Zustimmung verweigert hat, der andere Teil aber nochmals Mitteilung macht.

3. **RG.** JW. **10** 13, BayRpflZ. **10** 98, R. **10** Nr. 41. Die Tatsache, daß der Gläubiger dem, der eine Schuld übernommen hat, Stundung bewilligt, enthält nicht ohne weiteres eine Genehmigung der Schuldübernahme. Sie kann im Einzelfalle eine solche Bedeutung haben, muß es aber nicht.

4. **RG.** R. **10** Nr. 3327. Anwesenheit des Gläubigers bei der Vereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Dritten gilt nicht ohne weiteres als Genehmigung.

5. OLG. **20** 162 (Posen). Die Genehmigung kann auch in der Erhebung der Klage gegen den Übernehmer erblickt werden.

III. ElsLothJZ. **10** 420 (Colmar). Keine Schuldübernahme, sondern Vertrag zugunsten Dritter, wenn bei der Auseinandersetzung ein Erbe für einen anderen die Berichtigung von Nachlaßschulden übernimmt. Vgl. oben § 328 **Nr. 3 c.**

§ 416. Literatur: Strohal s. oben § 414.

1. Strohal 490 f. untersucht, ob die Genehmigungsfiktion auch gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger des Gläubigers wirkt, wenn dieser, nachdem ihm die Mitteilung gemäß Abs. 1, 2 gemacht worden ist, aber noch, bevor die Fiktion eingetreten ist, seine Forderung übertragen oder mit einem Nießbrauch oder Pfandrechte belastet hat. Strohal bejaht die Frage, wenn dem Altschuldner vor Ablauf der Sechsmonatfrist die Zession usw. nicht bekannt geworden ist (§ 407). War sie ihm dagegen bekannt geworden, so ist gemäß § 184 Abs. 2 die vom bisherigen Gläubiger erklärte oder als erklärt zu fingierende Genehmigung für den Nachfolger nicht maßgebend.

2. Strohal 484. Die auf die Genehmigungsfiktion sich beziehenden Bestimmungen des § 416 sind unanwendbar, wenn für die vom Erwerber übernommene Schuld auf dem veräußerten Grundstücke nicht eine Hypothek, sondern nur eine Vormerkung zur Sicherung des angeblichen Anspruchs auf Hypothekbestellung eingetragen ist.

3. OLG. **20** 161, R. **10** Nr. 1346 (KG.). Die Anzeige des Erwerbers, welcher die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, an den Hypothekar, daß er Eigentümer des Grundstücks geworden sei und künftig die Zinsen zahlen werde, enthält nicht die Mitteilung der vereinbarten Schuldübernahme, sicher nicht im Sinne einer kumulativen Schuldübernahme. Denn diese ist ausgeschlossen, weil nach dem dem Gläubiger bekannten Kaufvertrage der Erwerber an Stelle des Veräußerers die Hypothek als Alleinschuldner übernehmen sollte.

4. Abs. 2 Satz 1. Strohal 478—481. Wenn die Mitteilung der Eintragung vorhergeht, so ist für die Frage, ob es zur Inlaufsetzung der sechsmonatigen Frist einer neuerlichen, formgerechten Mitteilung bedarf, zu unterscheiden: a) Weist der Gläubiger die Mitteilung zu einer Zeit zurück, zu der die Eintragung des Erwerbers noch nicht stattgefunden hat, so ist eine neue Mitteilung erforderlich. Im übrigen ist sie entbehrlich, nur kann der Lauf der Frist nicht beginnen, bevor die Eintragung erfolgt ist und der Gläubiger von der nachträglichen Eintragung Kenntnis erlangt hat. b) Erklärt der Gläubiger die positive Genehmigung zu einer Zeit, zu der der Erwerber eingetragen war, so ist eine neue Mitteilung überflüssig (ebenso **RG. 63** 52). c) War der Erwerber noch nicht eingetragen, so ist die neue Mitteilung nur dann nicht erforderlich, wenn dem Gläubiger zur Zeit der Genehmigung das Nochnichteingetragensein bekannt war. d) Eine andere Frage, über die § 416 keinen Aufschluß gibt, ist die, ob die zwischen dem Veräußerer und Erwerber getroffene Vereinbarung dahin auszulegen ist, daß durch eine vorhergehende Mitteilung die Möglichkeit der Genehmigung gar nicht ausgelöst werden soll; im Zweifel ist die Vereinbarung so auszulegen.

5. Abs. 2 Satz 2. Strohal 474—477. a) Die Vorschrift des § 416 Abs. 2 Satz 2 ist nur insoweit eine Mußvorschrift, als die Genehmigungsfiktion in Frage kommt, nicht auch insoweit, als es sich um die Zulässigkeit einer positiven Genehmigung handelt. Der vom Gläubiger positiv erteilten Genehmigung der ihm vom Altschuldner formlos mitgeteilten Schuldübernahme ist daher durch diese Vorschrift keine Grenze gezogen. b) Ebenso kann trotz § 416 Abs. 1 Schlußsatz der auf eine schlichte (d. h. einen Hinweis auf die eventuelle Genehmigungsfiktion nicht enthaltende) Mitteilung von der Schuldübernahme sich beschränkende Altschuldner dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung über die Genehmigung mit der Wirkung setzen, daß die bis zum Ablaufe der Frist nicht erklärte Genehmigung als verweigert gilt.

6. De lege ferenda. Strohal 488 f. führt aus, daß die Genehmigungsfiktion nur eintreten sollte, wenn hinreichend sichergestellt ist, daß es an der zum Wirksamwerden der Schuldübernahme erforderlichen Grundlage nicht fehlt. Die Mitteilung des Altschuldners bietet nicht die geringste Garantie dafür, daß wirklich eine echte Schuldübernahme und nicht nur die Übernahme einer kumulativen Haftung oder eine bloße Erfüllungsübernahme vereinbart worden ist. Das geeignete Mittel ist die Vorlegung einer vom Übernehmer zum Zwecke der Verwendung gegenüber dem Gläubiger ausgestellten und dem Altschuldner übergebenen Urkunde, welche in öffentlich beglaubigter Form beim Grundbuchamt einzureichen wäre. Die Mitteilung an den Gläubiger gemäß § 416 hätte in Verbindung mit einer beglaubigten Ausfertigung jener Urkunde durch das Grundbuchamt zu erfolgen (vgl. hierzu noch Strohal 462 und oben § 415 Nr. I 1 [Strohal A. 2]).

§ 418. Literatur: Strohal und Lippmann s. § 414.

I. Wirkung der Schuldübernahme auf gesetzliche Bürgschaften und Pfandrechte und andere Nebenrechte. 1. Strohal 354 ff. bekämpft die herrschende Meinung, wonach § 418 I nicht für gesetzliche Bürgschaften und Pfandrechte gelten soll. Er hält das aus dem Wortlaut entnommene arg. e contrario für keineswegs zwingend und untersucht die einzelnen Sicherungsrechte. Er unterscheidet folgendermaßen: a) Bürgschaft des Kommissionärs (§ 394 HGB.). Kommt die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Kommissionär und dem Übernehmer zustande, so bleibt die Bürgschaft bestehen; wird sie zwischen dem durch die Abtretung Gläubiger des Dritten gewordenen Komittenten und dem Übernehmer vereinbart, so erlischt die Haftung des Kommissionärs, weil ihm der Eintritt in den Anspruch gegen den Dritten infolge der Übernahme vereitelt ist. — b) Die Bürgschaften des Vermieters, Pfandgläubigers und der Konkursmasse (§§ 571, 1251 BGB., 36 VerlG.) erlöschen. Denn unmöglich kann die Haftung des Bürgen dadurch unberührt bleiben, daß es dem Gläubiger gefällt, im Wege des Schuldübernahmevertrags an Stelle des bisherigen Hauptschuldners einen anderen zu setzen und dem Bürgen auf solche Weise die Möglichkeit des Rückgriffs gegen den bisherigen Hauptschuldner zu nehmen. — c) Bei dem gesetzlichen Pfandrechte des BGB. und des HGB. und beim Pfändungspfandrechte haften die vom Pfandrecht ergriffenen Sachen fort. — d) Dagegen bringt die ohne Einwilligung desjenigen, welchem der mit einer Vormerkung belastete Gegenstand gehört, hinsichtlich des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs vereinbarte Schuldübernahme das Vormerkungsrecht zum Erlöschen. — e) Das Zurückbehaltungsrecht der §§ 320, 274 bleibt bestehen, soweit nicht die Schuldübernahme nach der Absicht der Vertragschließenden im Verhältnisse des Gläubigers und des Altschuldners Erfüllungswirkung haben soll. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geht jedoch unter (366—368).

2. Lippmann 133 ff. a) Durch die Schuldübernahme wird nur das Schuldverhältnis, d. h. das Verhältnis zwischen Gläubiger und altem Schuldner getroffen, soweit es eben nur ein Schuld-, d. h. ein obligatorisches Verhältnis und ein obligatorisches Verhältnis eben nur zwischen Gläubiger und altem Schuldner war. Weiter reicht also die Wirkung der Schuldübernahme nicht. Damit steht nur anscheinend im Widerspruche, wenn § 418 bestimmt, daß bestellte Bürgschaften und Pfandrechte durch die Schuldübernahme erlöschen sollen. Näher zugesehen liegt ein Erlöschen dieser Rechte nur in der Natur der Rechte selbst. — b) Das Erlöschen von Bürgschaft und Pfandrecht beruht auf einem Verzichte des Gläubigers auf die Fortdauer der beiden Rechte (155 f.). — c) Das Zurückbehaltungsrecht bleibt bestehen (136). — d) Die Vertragsstrafe bleibt ebenfalls bestehen (140). — e) Ist die Draufgabe Geld, gilt auch die Verpflichtung auf eine Geldleistung und ist, was im Zweifel gelten soll, eine Geldgabe als antizipierte Erfüllung zu behandeln, so kann von einer mit der Draufgabe abgeschlossenen Nebenabrede überhaupt nicht die Rede sein. Es existiert nur ein einziges Schuldverhältnis, und von diesem ist der Schuldner durch die Schuldübernahme ganz frei geworden, wie andererseits der Übernehmer voll und ganz in dasselbe eingetreten ist.

II. Strohal 349/350. Unter Einwilligung in die Schuldübernahme ist eine zur Zeit der Schuldübernahme bereits vorliegende Zustimmung des Bürgen bzw. des Eigentümers des verhafteten Gegenstandes zu verstehen.

III. Abs. 2. Vgl. hierzu Strohal 339 ff.

§ 419. 1. FrankfRundsch. **10** 32 (Frankfurt). Der Übernehmer des Vermögens kann einem Gläubiger, dessen Anspruch gegenüber dem Übergeber des Vermögens rechtskräftig festgestellt ist, nicht den Einwand entgegensetzen, der Anspruch bestehe nicht.

2. OLG. **20** 164 (KG.). Kraft der Übernahme des Vermögens tritt die Schuldenhaftung des Übernehmers ein. Gleichgültig ist, was die Vertragschließenden über die Übernahme der Schulden gewollt und bestimmt haben.

3. OLG. **20** 164, R. **10** Nr. 1347 (KG.). Die Form des § 311 braucht nicht beobachtet zu sein. § 311 betrifft die Verpflichtung zu einer Vermögensübertragung, § 419 die Übertragung selber.

4. R. **10** Nr. 850 (KG.). Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn es sich um das Sondervermögen einer offenen Handelsgesellschaft handelt.

5. **RG.** JDR. **8** Nr. 5 jetzt auch SeuffA. **65** 54.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 421. Gesamtschuldverhältnis vgl. § 426.

§ 425. Abs. 2. KGBl. **10** 77 (KG.). Kündigt einer der Ehegatten, welche durch das Mieten einer gemeinschaftlichen Wohnung Gesamtschuldner geworden sind, ohne ausdrücklich hervorzuheben, er kündige für den anderen mit, so wirkt diese Erklärung gleichwohl für diesen mit (§ 164). Für einen dahingehenden Willen spricht die Vermutung.

§ 426. Literatur: Dungs, Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen, GruchotsBeitr. **54** 545.

1. Gesamtschuldverhältnis. a) **RG.** WarnE. **3** 391, R. **10** Nr. 3905. Ein Gesamtschuldverhältnis nach § 426 liegt nicht vor, wenn zwei Personen zu einer fahrlässig begangenen unerlaubten Handlung zusammen gewirkt haben, die eine von ihnen dem Beschädigten aber nicht schadensersatzpflichtig geworden ist, weil ihre Haftpflicht vertraglich ausgeschlossen war.

b) **RG.** R. **10** Nr. 3329. Auf das Verhältnis des nach § 136 und des nach § 140 GewUVG. der Berufsgenossenschaft gegenüber Haftpflichtigen sind die §§ 426, 840 BGB. nicht anwendbar. Es fehlt an der Gemeinsamkeit des Schuldverhältnisses.

2. Verhältnis zu § 254. a) Dungs 550. Auch bei allen außervertraglichen Gesamtschuldverhältnissen hat gemäß § 254 Ausgleichung stattzufinden. b) SeuffA. **65** 400 (Dresden). Die Bestimmung des § 254 gilt auch für die Fälle des § 840; demzufolge wird die anteilige Verpflichtung der Gesamtschuldner dann unanwendbar, wenn nach § 254 der eine für sein Verhältnis zu dem anderen sich als der allein Schadensersatzpflichtige kennzeichnet. c) R. **10** Nr. 4088 (Naumburg). Der aus Verschulden haftbare Kraftfahrzeugbesitzer hat gegen die aus bloßer Gefährdung haftende Straßenbahn keinen Ausgleichsanspruch. Dies gilt — auch vor dem Inkrafttreten des Kraftfahrzeuggesetzes — aus allgemeinen Grundsätzen (§§ 840 Abs. 3, 254). d) WürttJ. **23** 20 (24), R. **10** Nr. 861 (Stuttgart). Durch die Vorschrift des § 426 Abs. 1 Satz 1 ist es nicht ausgeschlossen, die Haftung mehrerer Gesamtschuldner je nach der Höhe des Verschuldens und der Verursachung in anderer Weise als zu gleichen Teilen zu regeln.

3. Verhältnis zu § 840 Abs. 2. BreslauAK. **10** 45 (Breslau). Drei Gesamtschuldner, von denen der eine aus dem Reichshaftpflichtgesetze, der zweite aus § 823 BGB. und der dritte aus § 823 in Verbindung mit § 831 BGB. haftet, haften zu gleichen (3) Anteilen. Der Ausgleichsanspruch des ersten wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß im Verhältnisse der beiden anderen nach § 840 Abs. 2 nur der eine, der Angestellte haftet. Das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Bestellten berührt nicht den Ausgleichsanspruch eines außerhalb dieses Verhältnisses stehenden Dritten, der neben beiden aus seiner eigenen Handlung dem Verletzten schadensersatzpflichtig geworden ist. Für das Gesamtschuldverhältnis dieses Dritten zu jedem der beiden Gesamtschuldner in der Person des Geschäftsherrn und seines Bestellten bestimmt das Gesetz nichts anderes, so daß also auch der Bestellte der Ausgleichspflicht des § 426 unterliegt, wenn der Dritte von dem Beschädigten auf mehr als seinen Kopfteil in Anspruch genommen wird oder werden soll.

4. HansGZ. **10** Beibl. 87 (Hamburg). Der Anspruch auf Ausgleichung ist nicht davon abhängig, daß der Mitschuldner mehr als seinen Anteil geleistet hat, so daß also jede Leistung zu einer selbständigen Ausgleichung berechtigt.

5. HansGZ. **10** Beibl. 107 (Hamburg). Der dem Gläubiger gegenüber aus dem Gesamtschuldverhältnis ausscheidende Gesamtschuldner bleibt trotzdem, wenn der Gläubiger die Forderung von den übrigen Gesamtschuldnern beitreibt, diesen zur Ausgleichung verpflichtet. Da aber nach § 776 der Bürge, sofern er nicht etwa sich dem Gläubiger gegenüber mit der Aufgabe des auf die Forderung bezüglichen Nebenrechts einverstanden erklärt hat, das Recht hat, den dem Gläubiger gezahlten Betrag nach § 813 insoweit zurückzufordern, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können, so muß es als überflüssig erscheinen, dem zahlenden Bürgen einen Regreßanspruch gegen den entlassenen Mitbürgen zu gewähren. Es ist vielmehr aus der Bestimmung des § 776 der Schluß zu ziehen, daß im Verhältnisse von Mitbürgen zueinander der die Gesamtschuldnerschaft betreffende Grundsatz nicht gilt.

6. **RG.** R. **10** Nr. 860. Wird durch schuldhaftes Verhalten eines Mieters die Gesundheitsgefährdung eines in einem benachbarten Raume arbeitenden Angestellten des Vermieters veranlaßt, so hat, wenn auch dem Verletzten gegenüber beide — Mieter und Vermieter, dieser als Arbeitgeber — zum Schadensersatze verpflichtet sind, doch im Verhältnisse des Vermieters zum Mieter nur der Mieter den Schaden zu tragen. Besondere Gründe, die den Mieter berechtigen, den Schaden auf den Vermieter abzuwälzen, sind nicht gegeben. Solche Gründe können nicht aus dem schuldhaften Verhalten des Vermieters dem Verletzten gegenüber, sondern nur aus

einem vertragswidrigen Verhalten des Vermieters dem Mieter gegenüber hergeleitet werden.

7. SchlHolstAnz. **10** 68 (Kiel). Bestimmt eine Steuerordnung, daß zur Zahlung der Umsatzsteuer der letzte Erwerber und der erste Veräußerer — nicht auch der Zwischenbeteiligte — gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, so ist gemäß § 426 zu entscheiden, wie die Ausgleichung der beiden Gesamtschuldner, welche in keinem Vertragsverhältnisse zueinander stehen, zu erfolgen hat. Mangels anderweitiger Bestimmung muß Ausgleichung zu gleichen Anteilen erfolgen.

8. KfmGJ. **2** 180 (KfmG. Berlin). Dem bei einem einzelnen Kaufmann angestellten Handlungsgehilfen ist ein als offener Gesellschafter eintretender Kaufmann auch bei allgemeinem Ausschluß der Schuldenhaftung dann als Prinzipal verpflichtet, wenn er die Dienste des Handlungsgehilfen ebenso in Anspruch nimmt, wie sein Mitgesellschafter.

9. Abs. 2. Teilleistung des einen Gesamtschuldners — Konkurs des anderen Gesamtschuldners s. § 774 Nr. 2.

§ 427. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3905 a. Aus der Wendung „wir" ist bei Eheleuten noch nicht eine Mitverpflichtung der Ehefrau für Zusagen zu entnehmen, für die der Gegner nur aus dem Vermögen des Ehemanns Bezahlung erwarten durfte.

2. SchlHolstAnz. **10** 184 (Kiel). Die Vermutung des § 427 greift auch dann Platz, wenn bei Übernahme einer Verpflichtung auf die Mitverpflichtung eines Dritten durch demnächstigen Beitritt gerechnet wurde, dieser Beitritt aber nachher nicht erfolgt ist.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Literatur: Caesar, Die rechtliche Natur des Ratenlieferungsgeschäfts, Holdheims MSchr. **10** 31 ff. — Hanke, Das Sonderrecht des Viehkaufs. Berlin 1910. — Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kaufe. Leipzig 1910 (Diss.). — Laubhardt, Preisminderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Viehmängeln, GruchotsBeitr. **54** 530—536. — Manasse, Ein Beitrag zur Auslegung des § 492 BGB., GruchotsBeitr. **55** 32—38. — Schefold, Über die Garantie der Trächtigkeit, **R. 10** 803—807. — Stölzle, Die Gewährpflicht im Falle der Versteigerung nach § 489 BGB., **JW. 10** 1033—1036. — Stern, Die Gefahrtragung. Marburg 1910.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. Verkauf eines Handelsgeschäfts. Marcus, R. **10** 561 f. Der Verkäufer eines Handelsgeschäfts will den Betrieb aufgeben, aber durch den Verkauf noch etwas von den Früchten seiner Tätigkeit einheimsen, der Erwerber sich eine Existenz begründen; der Betrieb soll mit Kundschaft auf den Erwerber übergehen. Dies hat der Verkäufer ohne weiteres soweit zu prästieren, daß er, wenn er auch nicht den Betrieb durch Tun zu fördern hat, so doch durch Unterlassen von Konkurrenz im Kreise der Kundschaft des verkauften Geschäfts dem Nachfolger dessen Betrieb weder erschweren noch gar vereiteln darf. Das folgt aus dem Vertrage, deshalb bedarf es keiner Konkurrenzklausel zum Schutze des Käufers; dies ist sein Anspruch auf das Verhalten des Verkäufers im Sinne der §§ 433 ff. (vgl. **RG. 70** 231). Hiernach muß die Aufmachung eines Konkurrenzgeschäfts seitens des Verkäufers in derselben Straße bei Kleinhandelsgeschäften ohne weiteres als Vertragsverletzung gelten und die Umstände müssen im Einzelfall über die Ausdehnung des Konkurrenzausschlusses zufolge des Vertragsverhältnisses entscheiden.

2. Meyer, R. **10** 768. Selbstkostenpreis ist der vom Verkäufer selbst gezahlte Preis, nicht aber kann man mit Mumm, R. **10** 660, auch die Gehälter, Tantiemen,

Reisespesen der Angestellten, Kosten des Bureaus und der Reklame und ähnliches hinzurechnen.

3. Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Klagt der Kläger auf Zahlung des Kaufpreises und macht der Beklagte demgegenüber geltend, er habe zunächst den Betrag gezahlt und dann erst sei der Kaufvertrag zustande gekommen, so trifft den Kläger die Beweislast.

4. Sukzessivlieferungskauf (JDR. **6**, **7**, 8 Ziff. II 6). *Caesar, HoldheimsMSchr. **10** 31 ff. Der Sukzessivlieferungsvertrag ist nach seinem Wesen ein einheitlicher Lieferungsvertrag mit sukzessiver Erfüllung der Verkäuferpflichten. Die Zuleitungsverträge, z. B. über Gas, Wasser, Warmwasser, Dampf, Druckluft, Elektrizität, sind nur scheinbare; die Bierlieferungsverträge dagegen regelmäßig Ratenlieferungsgeschäfte. — Als dem praktischen Handelsleben entnommen werden folgende Geschäftsabmachungen erörtert:

Hinsichtlich Liefermangel: Auf Abruf nach Bedarf (abfordern); auf Abruf des Käufers; zur sukzessiven Abnahme nach Verkäufers Wahl; Lieferung an Verkäufers Wahl; bei dem Verkaufe von größeren Mengen (über 100 Sack) ist der Verkäufer berechtigt, die Ware in Mengen von 100 Sack zu liefern; zu liefern entweder ungeteilt oder in gleichmäßig sukzessiven Beträgen; in möglichst gleichmäßigen Raten; möglichst gleichmäßig verteilt; Schluß über den gesamten Entfall an Baumwollsäcken; Verkauf der bei der Schuhfabrikation sich ergebenden Lederabfälle; des Jahresbedarfes eines großen industriellen Unternehmens.

Hinsichtlich der Lieferzeit: Abruf, abfordern; täglich abzufordern; sukzessiv von Woche zu Woche; April, Mai, Juni zu liefern.

Hinsichtlich der Spezifikationszeit: Für jede einzelne Bestellung oder Spezifikation bleibt die Vereinbarung der Lieferzeit vorbehalten.

Hinsichtlich der Zahlungszeit: Am Ende jeder Empfangswoche; nach und nach; in beliebigen Raten; I do not bind myself to any specific time within which to make that payment.

Hinsichtlich des Preises: Jeweiliger Marktpreis oder eine bestimmte Differenz von diesem.

Unter Ablehnung von **RG. 58** 419 und E. Müller, GruchotsBeitr. **50** 508 ff. (vgl. JDR. **5** Ziff. I 1), wird die Regelung des Verzugs bei Sukzessivlieferungsverträgen in analoger Anwendung der §§ 280 Abs. 2, 326 Abs. 1 Satz 3 und 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. gefunden. ➼ Verf. stemmt sich — im Vereine mit Hachenburg, LeipzZ. **07** 9 ff., und Jacobi, GruchotsBeitr. **50** 230 ff. (s. JDR. **6** Ziff. 2 a zu § 326) — aus Rücksicht auf die Verkehrssicherheit und lebhaft unterstützt durch mündliche und schriftliche Handelsgutachten dem reichsgerichtlichen Standpunkte, der eine befremdliche Spekulationsmöglichkeit bedeutet, entgegen. An Sukzessivlieferungsverträge als an Dauerverträge sollen die Parteien bis zum letzten Augenblicke gebunden sein. Dem Nichtsäumigen sollen die gesetzlichen Rechte nur hinsichtlich der Rate zustehen, mit deren Lieferung, Annahme, Zahlung usw. der Vertragsgegner in Verzug gerät, nicht aber hinsichtlich sämtlicher Restraten, bei denen ein Verzug (bzw. mangelhafte Leistung) überhaupt noch nicht vorliegt und nicht vorliegen kann; hinsichtlich der letzten vielmehr nur dann, wenn der vertragstreue Teil infolge des Verzugs des Gegners an den ausstehenden Lieferungsraten kein Interesse hat. ⬻

II. Aus der Praxis. 1. Kauf oder ähnliche Verträge. a) **RG.** 19. 1. 10, JW. **10** 183. Empfiehlt ein Bankinstitut auf Ansuchen um Nachweis einer guten Anlage für Kapital eine von ihm erworbene Hypothek und veranlaßt dadurch deren Ankauf, so sind Raterteilung und Empfehlung zu einer vertraglichen Nebenleistung geworden, indem die den Kaufabschluß veranlassende Empfehlung und das Kaufgeschäft selbst ein einheitliches als ein zusammenhängendes

Ganzes zu betrachtendes Geschäft bildeten (vgl. **RG. 42** 131, JW. **05** 502). **b**) R. **10** Nr. 1233, BayRpflZ. **10** 200 (BayObLG.). Gegenstand eines Kaufes kann auch die Befreiung von einer dinglichen Last (Ablösung) sein. **c**) **RG.** WarnE. **3** 246. Ein Veräußerungsvertrag über ein Haus, zu dessen Fertigstellung sich der Veräußerer verpflichtet, ist lediglich ein Kaufvertrag, wenn das fertiggestellte Haus den Kaufgegenstand bildet und für die Fertigstellung eine besondere Vergütung an den Veräußerer nicht gezahlt wird.

2. Kauf von Wertpapieren mit Sperrverpflichtung. **RG.** 1. 12. 09, **72** 224 ff., JW. **10** 64, DJZ. **10** 315, BankA. **10** 171, LeipzZ. **10** 141. Werden Aktien oder Kuxe mit einer Sperrverpflichtung verkauft, so hat diese Sperrklausel den offensichtlichen Zweck, die Papiere während der Sperrfrist von der Börse fernzuhalten. Daraus folgt, daß der Käufer die Aufgabe übernimmt, die nötigen Vorkehrungen hiergegen zu treffen. In dieser Hinsicht genügt nicht, wenn er bei einem Weiterverkauf auch seinem Abnehmer die Sperrverpflichtung auferlegt; er muß daher dafür aufkommen, wenn die Papiere durch seinen Abkäufer oder einen ferneren Nachmann an den offenen Markt gebracht werden. Dagegen ist er entschuldigt, wenn ihm die Papiere trotz sorgfältiger Aufbewahrung gestohlen und durch den Dieb an der Börse veräußert werden.

3. Kauf auf Abruf (JDR. **5** Ziff. II 1 b, **6**, **7** Ziff. II 1, **8** Ziff. II 3). **a**) ElsLothZ. **35** 133 (Colmar). Ein Kauf auf Abruf ist nicht derart bedingt, daß der Verkäufer nur dann zu liefern hat, wenn rechtzeitig abgerufen wird, sondern der Vertrag ist unbedingt abgeschlossen und die Klausel „auf Abruf" bedeutet nur, daß der Käufer innerhalb der in dem Vertrage bestimmten Grenzen den Zeitpunkt der Lieferung zu bestimmen berechtigt ist. Unterläßt der Käufer den rechtzeitigen Abruf, so dauert gleichwohl die Leistungspflicht des Verkäufers, von dem Falle des Fixgeschäfts abgesehen, fort, wie auch andererseits der Käufer weiterhin zur Abnahme verpflichtet ist. Der Verkäufer hat nach Ablauf der für den Abruf gesetzten Frist das Recht, sofortige Abnahme der Ware zu verlangen, und kann, wenn der Käufer mit der Abnahme und der Zahlung des Kaufpreises in Verzug gerät, unter Beobachtung der Förmlichkeiten des § 326 BGB. vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. — Hat bei einem Kaufe auf Abruf der Käufer übermäßig lange Zeit verstreichen lassen, ohne seinen Anspruch auf Lieferung geltend zu machen, so darf daraus der Schluß gezogen werden, daß er kein Interesse an der Lieferung hat und daher auf sie verzichtet. Hat in einem solchen Falle der Verkäufer auch nicht auf Abnahme gedrängt, so ist der Vertrag stillschweigend durch gegenseitige Übereinkunft aufgelöst (vgl. ElsLothZ. **33** 443). **b**) OLG. **20** 166 f. (Naumburg). Wenn vereinbart ist, daß der Käufer die Waren nach Bedarf abrufen kann, so ist dem bei einer dem § 157 BGB. entsprechenden Auslegung doch nur die Bedeutung beizumessen, daß der Abruf innerhalb einer angemessenen Frist je nach Bedarf des Käufers zu erfolgen hat. **c**) BadRpr. **10** 114 (Karlsruhe). Unter der Abnahme im § 433 BGB. ist der tatsächliche, der Ablieferung entsprechende Akt der Fortnahme der Ware zu verstehen, um den Verkäufer von dem Besitze der Ware zu entlasten. Im Sprachgebrauche der Geschäftswelt hat jedoch der Ausdruck meist eine weitere Bedeutung und umfaßt auch rechtsgeschäftliche Handlungen des Käufers, durch die eine Unbestimmtheit der Lieferung der Ware nach Zeit, eventuell auch Ort, Art und Gegenstand beseitigt und dem Verkäufer erst eine körperliche Abnahme der Ware ermöglicht wird, so insbesondere durch Abruf. Diese Verpflichtung wird als Nebenverpflichtung des Käufers anzusehen sein; sie kann jedoch als eine Hauptverpflichtung erscheinen nach der Natur des Gegenstandes des Geschäfts oder nach den besonderen Bestimmungen des Vertrags.

4. a) **RG.** 8. 2. 10, R. **10** Nr. 1234. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, wonach der Verkäufer die verkaufte Ware schon vor der Lieferung „netto Kasse" behufs Er-

möglichung einer Untersuchung durch den Käufer bereit zu stellen hat. Diese Pflicht wird sich daher in der Regel nur aus dem ausdrücklich erklärten oder aus dem den Umständen zu entnehmenden Willen der Parteien oder aus einem Handelsgebrauche herleiten lassen. **b)** OLG. **20** 167 f. (KG.). Bei Waren, die nach Maß, Zahl oder Gewicht verkauft werden, kann jeder Teil verlangen, daß die Feststellung der richtigen Menge in Gegenwart beider Teile oder ihrer Vertreter erfolgt, sofern er sich nicht mit den einseitigen Angaben des Gegners begnügen will.

5. Tragung der Wertzuwachssteuer (s. JDR. **7** Ziff. II 13 b). **a)** **RG.** 28. 1. 10, **72** 395 ff., JW. **10** 228. Sind nach den Bedingungen des Kaufvertrags von der Auflassung ab alle dinglichen Lasten und alle später fällig werdenden Abgaben von dem Käufer zu übernehmen, so ist darunter die Wertzuwachssteuer nicht zu rechnen, die nach der in Betracht kommenden Steuerordnung von dem früheren Eigentümer des veräußerten Grundstücks, also als rein persönliche Abgabe erhoben wird. Der Veräußerer, der beabsichtigt, die Wertzuwachssteuer vertraglich von sich auf den Erwerber abzuwälzen, muß dieses in klarer Weise ersichtlich machen. Hat er dies nicht getan, ist eine solche Willensrichtung aus den von ihm selbst aufgestellten Bedingungen nicht deutlich zu entnehmen gewesen, so kann er von dem Vertragsgegner auch nicht die Tragung der betreffenden Steuer verlangen. **b)** PosMSchr. **10** 68 (Königsberg). Eine zwischen Kaufabschluß und Auflassung eingeführte Umsatzsteuer haben Käufer und Verkäufer, wo sie nach der Umsatzsteuerordnung dem Kreise gegenüber als Gesamtschuldner haften, gemäß § 426 BGB., wenn nichts anderes bestimmt ist, je zur Hälfte zu tragen. Ist die Auflassung durch Verzug eines Vertragsteils über die Zeit hinausgeschoben worden, zu der die Umsatzsteuer eingeführt wurde, so hat dieser Vertragsteil die Umsatzsteuer ganz zu tragen.

6. Spezieskauf (JDR. **2** Ziff. 6 c). HansGZ. **10** Hauptbl. 127 f., SeuffA. **65** 309 (Hamburg). Ein Kauf über eine schwimmende Partie von zirka 1000 Kisten Kartoffeln, glückliche Ankunft des Dampfers vorbehalten, ist ein Spezieskauf. Der Verkäufer ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Dampfer die Partie nicht geladen hatte und der Verkäufer daher nicht liefern konnte.

7. **RG.** 11. 3. 10, HansGZ. **10** Beibl. 273. Um den Käufer in Schuldnerverzug zu setzen, reicht es für den Verkäufer eines Grundstücks nicht aus, daß er sich allgemein zur Auflassung bereit erklärt, er hat auch dafür Sorge zu tragen, daß das Grundstück nur mit den beredeten Hypotheken zur Auflassung kommt.

8. **RG.** 14. 6. 10, **74** 124 ff., JW. **10** 807. Aus dem Wesen des Kaufvertrags läßt sich nicht der allgemeine Satz ableiten, daß, wer in einem Hause ein Gewerbe betreibt, das den Eintritt von Käufern mit sich bringt, kraft Vertrags den kaufenden Personen für eine die Sicherheit nicht gefährdende Beschaffenheit der Räumlichkeiten oder der Zugänge des Hauses einzustehen hat.

9. **RG.** WarnE. **3** 406, BöhmsZ. **20** 558. Der Einfluß, den der Verzug des Käufers auf die Erfüllungspflicht des Verkäufers hat, bestimmt sich nach dem Rechte des Erfüllungsortes des Verkäufers.

10. Internationales Recht. **RG. 73** 379 ff. Dafür, daß im Falle der Kollision deutscher und ausländischer Rechtsnormen auf den Kauf, auch dann, wenn er zwischen einem Deutschen und einem Ausländer abgeschlossen ist, nicht das gemäß den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zu bestimmende örtliche Recht, sondern unter allen Umständen ausschließlich die Bestimmungen des BGB. über den Kauf maßgebend sein sollen, liegt kein genügender Grund vor. Im Zweifel ist mithin das Recht des für die streitige Verpflichtung gegebenen Erfüllungsortes als maßgebend anzusehen. Es ist aber zu prüfen, ob die Parteien nicht das von ihnen begründete Rechtsverhältnis einem einheitlichen Rechte haben unterwerfen wollen (vgl. **RG. 68** 205). Auch ein mutmaßlicher Vertragswille ist festzustellen.

§ 434. 1. *Stern, Die Gefahrtragung 71. Die Verpflichtung des Verkäufers aus § 434 bezieht sich auch auf Belastungen, die einem Grundstücke nach der Übergabe, aber vor der Auflassung auferlegt werden. Das Gegenteil ergibt sich nicht etwa daraus, daß nach § 446 BGB. mit der Übergabe die Gefahr übergeht; denn es geht nur die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung über. Hierunter fällt der Eintritt rechtlicher Mängel, z. B. infolge Enteignung oder Auferlegung von Belastungen, nicht. Außerdem regeln die Bestimmungen über Gefahrtragung nur die Frage, welche Einwirkung das Unmöglichwerden der Erfüllung einer Verpflichtung auf die Verpflichtung zur Gegenleistung ausübt. Für den Umfang der Verpflichtung des Verkäufers, Belastungen zu beseitigen, ist nur § 434 maßgebend. Danach muß der Verkäufer den Gegenstand frei von Rechten Dritter verschaffen. Unter „Verschaffen" ist dasselbe zu verstehen wie im § 433 Abs. 1 Satz 1, wo die Verschaffung des Eigentums gemeint ist. Bis dahin eintretende Belastungen muß der Verkäufer beseitigen.

2. Über die „Rechte, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können", **RG.** JW. **10** 145, SächsRpflA. **10** 138 wie **RG. 59** 404 (vgl. JDR. **4**).

§§ 434, 436. Öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen (JDR. **6** Ziff. 3 a zu § 434). OLG. **20** 172 (Hamburg). Die zufolge einer Bauordnung der Baubehörde vorbehaltene Bauerlaubnis ist weder eine auf dem Grundstücke ruhende Last (§ 436), noch fällt sie unter § 434. Wegen privatrechtlicher Baubeschränkung vgl. **RG.** JDR. **7** Ziff. 3.

§ 436. Straßenanliegerbeiträge (vgl. JDR. **5** u. **6**). **RG.** 15. 3. 10, HoldheimsMSchr. **10** 297. Die Straßenanliegerbeiträge des § 15 PrFluchtlG. vom 2. Juli 1875 sind öffentliche Lasten, für die der Verkäufer nach § 436 BGB. nicht einzustehen hat

§ 437. 1. Kauf einer Servitut. F. Schulz, DJZ. **10** 361 ff. Der Verkäufer einer Servitut haftet wegen ihres Unterganges durch Subhastation des Grundstücks, denn die Gewährleistungspflicht des Verkäufers eines Rechtes besteht darin, daß das Recht nicht nur zur Zeit des Verkaufs vorhanden ist, sondern daß es auch nicht infolge eines ihm innewohnenden Mangels zerstört werde. Dagegen Carl, DJZ. **10** 533 f., der meint, daß, wenn die Haftpflicht nach Schulz bestände, der Grundstücksverkehr unter nicht zu übersehenden Schwierigkeiten zu leiden haben würde.

2. **RG.** BankA. **10** 93. Für eine Eigenschaft des verkauften Rechtes haftet der Verkäufer nur, wenn die Haftung, im Vertrag übernommen, zum Vertragsinhalte gemacht ist.

3. **a) RG.** 3. 12. 09, WarnE. **3** 53. Die Haftung des Verkäufers für den rechtlichen Bestand einer Forderung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kaufpreis geringer ist als der Nennwert der Forderung. **b)** OLG. **20** 173 (KG.). Beim Verkauf einer Reihe von Forderungen (Abtretung eines Mietzinsrechts) ist regelmäßig als Wille der Parteien anzusehen, daß der Käufer die einzelnen Forderungen erwirbt, und daß die Wirksamkeit des Vertrags bezüglich jeder einzelnen davon abhängen soll, daß sie zur Zeit ihrer vertraglich vorgesehenen Fälligkeit auch besteht. **c) RG.** 4. 3. 10, LeipzZ. **10** 464, HoldhMSchr. **10** 293. Ein Rechtsmangel im Sinne des § 437 liegt nicht erst vor, wenn die verkaufte Forderung nicht besteht, sondern auch schon dann, wenn sie mit einer Einrede behaftet ist. **d)** SeuffA. **65** 224 f. (Braunschweig). Der Verkäufer einer Forderung haftet auch dafür, daß dieser keine Bedingung anhaftet. In einem solchen Falle bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327. Welche von diesen aber anwendbar sind, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab.

4. Kuxkauf (vgl. JDR. **8** Ziff. I 4). **RG.** 6. 4. 10, **73** 210 f., JW. **10** 613. Der Verkäufer eines Kuxes haftet dem Käufer nach Art eines Garantieversprechens

(vgl. **RG. 68** 292). Fehlt es dem Kux an dem rechtlichen Bestande, so ist der Käufer berechtigt, die Leistung des Erfüllungsinteresses zu beanspruchen. Allein der Käufer hat nicht n u r diese Befugnis, er ist auch in der Lage, anstatt das Erfüllungsinteresse zu fordern, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Dies ergibt sich aus dem Grundgedanken, auf dem die nach § 440 anzuwendenden §§ 320 ff. beruhen.

§ 438. RG. 26. 1. 10, JW. **10** 231 ff., GruchotsBeitr. **54** 926. Ist beim Verkauf einer Forderung vom Verkäufer ausdrücklich die Gewähr dafür übernommen worden, daß die Forderung nach Kündigung vollständig und pünktlich eingehen werde, so hat der Verkäufer damit nicht eine den Bestand der Hauptschuld voraussetzende Nebenverpflichtung, wie bei der Bürgschaft, sondern eine selbständige Verbindlichkeit übernommen (vgl. **RG.** JDR. 8), die auch bestehen bleibt, wenn die des Hauptschuldners nicht entstanden oder weggefallen sein sollte. (Vgl. **RG. 61** 157, GruchotsBeitr. **49** 906; W ü r z b u r g e r, GruchotsBeitr. **51** 723; JDR. **6** Ziff. 1.) Der Zahlungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer tritt sofort in Kraft, wenn der Schuldner nach erfolgter Kündigung der verkauften Forderung nicht pünktlich zahlt. Bei Übernahme der Gewähr für den vollständigen und p ü n k t l i c h e n Eingang muß der Wille der Parteien als dahin gehend verstanden werden, daß der Verkäufer nicht nur die Zahlungsfähigkeit, sondern auch die Zahlungswilligkeit des Schuldners verspricht (vgl. W ü r z b u r g e r, GruchotsBeitr. **51** 732) und daß der neue Gläubiger des Vorgehens gegen den Schuldner enthoben sein sollte.

§ 442. RG. R. **10** Nr. 3726. Gründet der Käufer eines Gutes einen Schadensersatzanspruch darauf, daß die ihm gegebene Zusicherung, dem verkauften Gute stehe ein Ablösungskapital für eine Weidegerechtigkeit zu, unrichtig sei, so trifft ihn die Beweislast für das Nichtbestehen des Rechtes auf das Ablösungskapital.

§ 445. A u f V e r ä u ß e r u n g e i n e s G e g e n s t a n d e s g e g e n E n t g e l t g e r i c h t e t e V e r t r ä g e. *S i m s o n, Der Begriff des Entgelts. Die übliche Abgrenzung des entgeltlichen Rechtsgeschäfts vom unentgeltlichen danach, daß sich in ihm zwei dem Werte nach gleiche Verpflichtungen gegenüberstehen, während dies bei dem unentgeltlichen Rechtsgeschäfte nicht der Fall sein solle, stellt sich bei näherer Betrachtung des Wertbegriffs als unklar heraus. Das Erfordernis der Gleichheit der beiden Verpflichtungen des entgeltlichen Rechtsgeschäfts kann nur in der Bedeutung Sinn haben, daß beide für das Schuldverhältnis gleich wesentlich sind, wesentlich im doppelten Sinne: a) Beide Verpflichtungen können ihrem Inhalte nach nicht weggedacht werden, ohne daß das ganze Schuldverhältnis seinen Sinn verliert; so Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache zu gewähren, des Mieters zur Entrichtung des Mietzinses. b) Beide Verpflichtungen können dem Begründungsakte nach nicht weggedacht werden, ohne daß das Schuldverhältnis seinen Sinn verliert, d. h. sie dürfen im Sinne des Vertrags sich nicht von selbst verstehen. Von selbst versteht sich z. B. die Rückgabepflicht des Entleihers; denn die Sache ist ja nur auf Zeit zum Gebrauche hingegeben. Also braucht eine Rückgabepflicht nicht ausdrücklich ausbedungen zu werden. Daher ist die Leihe ein unentgeltliches Rechtsgeschäft. Von selbst versteht sich ferner z. B. eine Verpflichtung, die von beiden Teilen stillschweigend als „sittliche Pflicht" aufgefaßt wird. Das Vorliegen einer solchen Verpflichtung wird dafür entscheidend sein, daß Schenkung unter einer Auflage und nicht gegenseitiger Vertrag vorliegt. Danach ist der in **RG.** JW. **01** 382 f. behandelte Fall Schenkung unter einer Auflage. — Dem Erfordernisse, daß sich zwei gleich wesentliche Verpflichtungen im entgeltlichen Rechtsgeschäfte gegenüberstehen sollen, ist nur Genüge getan, wenn es sich um wirkliche Anspruchsverpflichtungen handelt, d. h. um Verpflichtungen, denen ein Anspruch im Sinne des § 194 BGB. gegenübersteht. Daher ist die Auslobung z. B. ein unentgeltliches Rechtsgeschäft. — Entgeltlich oder unentgeltlich sind schließlich nur Rechts-

geschäfte, die auf Begründung eines Schuldverhältnisses gerichtet sind. Also weder entgeltlich noch unentgeltlich sind: Erfüllungshandlungen, Verfügungen von Todes wegen, Dereliktion, Verzicht, Nichtunterbrechen der Verjährung usw.

§ 446. 1. Übergabe im Sinne des § 446 (JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 1). *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 16. Unter Übergabe ist die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Sache zu verstehen. Übergabehandlungen sind daher nur die einfache körperliche Übergabe, die brevi manu traditio und die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 897 ZPO.

2. Gefahrübergang beim constitutum possessorium und bei Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der verkauften Sache. *Hanke 16—19. Der Grundsatz, wonach bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen hat, gilt auch für die kaufrechtliche Gefahrtragung. Nur wird hier abweichend von der allgemeinen Regel des § 323 BGB. nicht die volle Vertragserfüllung durch den Verkäufer (Übergabe der Sache und Eigentumsverschaffung § 433 BGB.), sondern lediglich die Erfüllung der sich auf die tatsächliche Seite seines Schuldverhältnisses beziehenden Verpflichtung, deren Normalfall die Übergabe ist, gefordert. Demgemäß geht mit dem Abschlusse des constitutum possessorium und der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer über, wenn damit der Verkäufer in Beziehung auf die tatsächliche Seite seines Schuldverhältnisses die ihm nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung erfüllt hat. Nimmt z. B. der Bankier die auf Bestellung seines Kunden gekauften Wertpapiere für diesen in das Depot, so überträgt er die Gefahr, wenn die auf kürzere oder längere Zeit erfolgte Übernahme in das Depot zwischen den Parteien als Erfüllungshandlung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden ist. Dagegen behält er die Gefahr, wenn seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag erst durch die Aushändigung der Wertpapiere an den Kunden erfüllt werden soll. Die vorliegende Frage ist äußerst bestritten. Über die verschiedenen Meinungen vgl. Hanke aaO. 16, 17 sowie JDR. **1**, **2** Ziff. 1 zu § 446, **3** Ziff. 2 zu § 483.

3. Gefahrübergang bei bedingtem Kaufe (JDR. **2** Ziff. 3 zu § 446). *Hanke 22. Bei dem aufschiebend bedingten Kaufe bewirkt, sofern nicht das Gegenteil als stillschweigend gewollt anzunehmen ist, nicht schon die Übergabe, sondern erst der Eintritt der Bedingung in Verbindung mit der Übergabe den Gefahrübergang. Ist der Kauf auflösend bedingt, so wird mit der Übergabe auch die Gefahr der Sache auf den Käufer übertragen.

4. Gefahrübergang bei Eigentumsvorbehalt s. unten Ziff. I 1 zu § 455.

5. Gewährleistung und Gefahrübergang s. unten zu §§ 481 ff.

6. *Stern, Die Gefahrtragung 72 ff. Der mit der Übergabe eintretende Gefahrübergang bezieht sich nicht auf eine ohne Untergang oder Verschlechterung eintretende rechtliche Unmöglichkeit der Leistung (vgl. oben zu § 434 Ziff. 1). — Auch der Verkäufer, der nicht Eigentümer der verkauften Sache, aber zur Eigentumsverschaffung imstande war, kann, wenn die verkaufte Sache nach der Übergabe zugrunde geht, vom Käufer Zahlung verlangen, obwohl ihn selbst vielleicht eine Ersatzpflicht dem Eigentümer gegenüber nicht trifft. Der Käufer kann jedoch nach § 324 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Aufwendungen, die der Verkäufer zum Erwerbe der Sache hätte machen müssen, von dem Kaufpreis abziehen. Nach dem Wortlaute des § 324 Abs. 1 Satz 2 greift diese Bestimmung allerdings nur dann ein, wenn der Käufer den Untergang der Sache verschuldet hat. Die Rechte, die der Käufer im Falle seines Verschuldens haben würde, muß man ihm aber erst recht geben, wenn ein solches Verschulden nicht vorliegt (zustimmend Enneccerus, BGB. [4] I § 326 Anm. 8).

Entsprechend ist zu entscheiden beim sog. „doppelten Verkauf" derselben Sache, wenn ein Grundstück dem einen Käufer übergeben, dem anderen aufgelassen ist und dann zugrunde geht. Hier trägt der Eigentümer die Gefahr, aber auch der Besitzer, wenn der Verkäufer — etwa dadurch, daß er dem Eigentümer gegenüber ein Rücktrittsrecht vom Vertrage hatte — auch dem Besitzer gegenüber zur Erfüllung imstande war. Der Besitzer kann jedoch die Summe, die der Verkäufer zum Rückerwerbe des Grundstücks vom Eigentümer hätte aufwenden müssen, vom Kaufpreis abziehen (81 f.).

Über die Gefahrtragung beim bedingten Kaufe vgl. oben Ziff. I 2 zu § 158.

§ 447. 1. *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 20, 21. Der einmal erfolgte Eintritt des Gefahrüberganges wird auch durch eine Unterbrechung der Versendung, die auf einem Verschulden des Verkäufers oder einem seinem besonderen Interessekreis entspringenden Zufalle beruht, nicht wieder rückgängig gemacht. Der Verkäufer, der die Unterbrechung der Versendung verschuldet hat, ist jedoch für einen zufällig eingetretenen Schaden insoweit ersatzpflichtig, als derselbe den Käufer nicht getroffen haben würde, wenn die Versendung nicht unterbrochen worden wäre.

2. *Stern, Gefahrtragung. Die Gefahr geht mit der Absendung auch dann über, wenn die Ware nach einem Orte versendet wird, der am Wege von dem Absendungs- nach dem Erfüllungsorte liegt, so daß die Ware auch bei der Versendung nach dem Erfüllungsort über ihren jetzigen Bestimmungsort hätte gehen müssen, und auch wenn umgekehrt der Erfüllungsort zwischen dem Absendungs- und Bestimmungsorte liegt. Auch hier geht die Gefahr schon über mit der Absendung nicht etwa erst mit dem Augenblick, in dem die Ware auf dem Wege nach dem Bestimmungsorte den Erfüllungsort verläßt (78, 42). — Der Käufer trägt die Gefahr auch während einer Transportunterbrechung (aA. Cosack, Bürgl R. I 429); denn mit der Absendung geht jede Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung, nicht nur die Gefahr des Transports selbst über (81).

3. OLG. **20** 174 (KG.). Unter der „zur Ausführung oder Versendung bestimmten Person" sind die eigenen Leute oder Angestellten des Verkäufers nicht zu verstehen, denen er die Sache behufs Transports an einen anderen Ort als den Erfüllungsort übergeben hat. Vgl. Jäger, JDR. **6** Ziff. 1.

§ 449. Umsatzsteuer (JDR. **5** u. **6**, vgl. auch o. Ziff. II 5 zu § 433). BreslauAK. **10** 16 (LG. Liegnitz). Zu den Kosten des Kaufvertrags gehört die Kreisumsatzsteuer nicht.

§ 455. I. 1. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (JDR. **1** Ziff. 3, **2**, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 3, **5**, **6** Ziff. 1 zu § 455). **a)** *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 22, 23. Beim Verkauf einer beweglichen Sache mit Eigentumsvorbehalt wird die Gefahr sofort mit der Übergabe, die eine endgültige Erfüllungshandlung im Sinne des Vertrags ist (vgl. oben Ziff. 2 zu § 446), auf den Käufer übertragen. **b)** Ziegler, JW. **10** 798. Bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt geht mit der Übergabe der Sache die Gefahr auf den Käufer über, da unter Übergabe im Sinne des § 446 weiter nichts zu verstehen sei als die Verschaffung des Besitzes. Vgl. ebenso OLG. Colmar, ElsLoth. JZ. **10** 484.

2. Jaffé, Eigentumsvorbehalt 19. Das Besitzrecht auf Grund des Kaufvertrags geht nicht schon durch bloßen Ausfall der Bedingung oder das Notwendigwerden der Sicherung unter, sondern erst dann, wenn der Verkäufer die weitere Besitzüberlassung kraft seines Exzeptionsrechts verweigert. — Jaffé 43. Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts wegen Zahlungsverzugs schließt an sich nicht die Ausübung des Rücktrittsrechts in sich. AM. Goldmann-Lilienthal (§ 142 Anm. 2). — Die Klage auf Erfüllung und die Rückforderung der Sache

auf Grund des Vorbehalts schließen einander nicht aus (44). Näheres darüber, welche sonstigen Rechte der Zahlungsverzug des Käufers dem Verkäufer außer dem Rücktrittsrechte noch gewährt, s. 39 ff.

3. Über Francke, Eigentumsvorbehalt und Pfändung, BuschsZ. **40** 461—468 s. unten zu § 1204 BGB. u. zum 8. Buche der ZPO.

II. 1. **a)** WürttJ. 22 18 (Stuttgart). Wenn der Verkäufer Rückübertragung der nur bedingt übereigneten Sache verlangt, so tritt er damit noch nicht vom Vertrage zurück; er erklärt damit noch keinen Verzicht auf die obligatorischen Ansprüche und ist nicht verpflichtet, die Anzahlungen des Käufers zurückzugeben, muß aber die Sache zur Verfügung des Käufers halten, der sie gegen Angebot des vollen Preises wieder herausverlangen kann (vgl. z. B. Oertmann, Schuldverh. § 455, Dernburg, Bürgl. R. II Abt. 2 19). **b)** SächsOLG. **31** 263 ff. (Dresden). Bei Verkauf mit Eigentumsvorbehalt kann der Verkäufer schon bei Zahlungssäumnis des Käufers, nicht erst wenn dieser zahlungsunfähig wird, auf Grund des Eigentumsvorbehalts, ohne vom Kaufe zurückzutreten, die Sache herausfordern (vgl. **RG.** JW. **05** 18 ff., **07** 315). Aus dem Herausgabeanspruche des Verkäufers folgt aber keineswegs schon, daß mit Eintritt des Leistungsverzugs des Käufers dessen Recht zum Besitz ohne weiteres erlischt. Erforderlich ist vielmehr, daß der Verkäufer die Herausgabe der Sache von ihm verlangt. Solange dies nicht geschieht, beläßt er tatsächlich die Sache in Erfüllung des Kaufvertrags dem Käufer und dieser bleibt nach wie vor zum Besitze berechtigt.

2. **RG.** R. **10** Nr. 4066. In der Abmachung, daß der Käufer stehenden Holzes dasselbe zwar schneiden und bearbeiten, im übrigen aber darüber nur „im Rahmen der jeweils gegebenen Akzepte" verfügen dürfe, liegt ein wirksamer Eigentumsvorbehalt, selbst wenn der Rechtsvorgänger des Verkäufers zunächst sich selbst noch das Eigentum am Holze vorbehalten hatte.

3. **RG.** HessRspr. **10** 18. Eine Eigentumsübertragung ist nicht ausgeschlossen, die an die aufschiebende Bedingung geknüpft ist, daß der Erwerber zuvor seine Schulden auch aus anderen Geschäften an den Veräußerer bezahle, selbst wenn der Preis für die mit dem Eigentumsvorbehalte belastete Sache voll gedeckt sein sollte.

4. **RG.** 14. 6. 10, **74** 129. Wenn beim Kaufe unter Eigentumsvorbehalt die Übergabe der Sache den Käufer auch nicht zum Eigenbesitzer macht, ihm nicht die volle rechtliche Herrschaft über die Sache gewährt, so tritt doch immerhin der Käufer schon in rechtliche und wirtschaftliche Beziehung zu der ihm übergebenen Sache. Er wird ihr Verwalter und Verwahrer (vgl. **RG. 64** 337). Auch als solcher hat der Käufer im Regelfall ein Interesse an der Versicherung der ihm bereits übergebenen Sachen, denn er schließt den Kaufvertrag in der Absicht, den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers durch dessen Befriedigung zu beseitigen und Eigentum an den gekauften Sachen zu erwerben.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. I. 1. a) Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht (JDR. 2, **4** zu §§ 459 ff.). *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 64, 96, 114, 115, 161, 165. Beide Pflichten sind grundverschieden. Die Erfüllungspflicht hat zum Inhalte, daß der Verkäufer dem Käufer die bestimmte Sache, die er verkauft hat, übergibt und das Eigentum an der Sache verschafft (§§ 433 Abs. 1 Satz 1, 242, 276). Die Gewährleistungspflicht besteht darin, daß der Verkäufer einen zur entscheidenden Zeit vorhandenen Gewährsmangel als solchen ohne Rücksicht darauf, ob ihn bei der Lieferung der Sache ein Verschulden trifft, zu vertreten hat (§§ 459 ff.). Aus diesen verschiedenartigen Pflichten erwachsen zwei selbständig nebeneinanderstehende Arten von Ansprüchen, die Vertragserfüllungs- und die Gewährleistungsansprüche. Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen schuldhaft

mangelhafter Leistung ist ein Vertragserfüllungsanspruch (vgl. oben Ziff. 4 b zu § 276). — Über den Schadensersatzanspruch wegen schuldhaft mangelhafter Leistung beim Viehkaufe vgl. unten Ziff. I zu §§ 481 ff. b) Verweigerung der Abnahme einer mangelhaften Sache (JDR. **6** zu §§ 459 ff.). *Hanke 63, 64. Die Abnahme einer mangelhaften Sache kann der Käufer lediglich auf Grund der Wandelungseinrede ablehnen. Im Gegensatze hierzu lehrt die herrschende Meinung, daß der Käufer vor der Abnahme der Sache die Rechte aus dem nicht erfüllten Vertrage habe und erst mit der Abnahme der Sache auf die Gewährleistungsansprüche beschränkt werde. Sie übersieht, daß der Käufer wegen des Mangels als solchen keine Erfüllungs-, sondern nur eine Vertretungspflicht hat. Übereinstimmend Crome, System § 220 Anm. 4; Fr. Leonhard, Die Beweislast 392, 393; Oertmann § 433 Note 2 a; Schollmeyer, IheringsJ. **49** 93 ff. c) Beweislast. *Hanke 64. Der Nachweis des Vorhandenseins des Mangels trifft beim Spezieskaufe den Käufer, mag er die Sache abgenommen oder zurückgewiesen haben. Crome, System II § 2207; Fr. Leonhard, Die Beweislast 392, 393; Schröder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kaufe 16. Anders die herrschende Lehre. d) Gattungskauf. *Hanke 64. Beim Gattungskaufe gehört es gemäß § 243 Abs. 1 zu den Erfüllungspflichten des Verkäufers, daß er keine mangelhafte Sache, sondern eine Sache von mittlerer Art und Güte leistet. Über den Viehgattungskauf s. unten zu § 491.

2. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse 51 ff. Das Gesetz gibt dem Käufer so weitgehende Rechte, um möglichst zum Kaufen anzuspornen und die Furcht vor geheimen Mängeln zu überwinden. — Die §§ 459 ff. regeln nicht alle Ansprüche aus Mängeln, auch nicht alle aus ursprünglich vorhandenen Mängeln. — Der bloße Verdacht eines Mangels, z. B. der Schwammverdacht, ist noch kein Fehler und berechtigt nicht zur Wandelung oder Minderung (11 ff.).

3. Anfechtung des Kaufvertrags wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften der Sache vgl. Hanke, o. Ziff. I 10a zu § 119 und u. zu §§ 481 ff., sowie Henle, o. Ziff. I 8 b zu § 119. — Über Ausschluß der Anfechtung wegen Arglist bei Ausschluß der Gewährleistung vgl. o. Ziff. II 5 zu § 123.

II. 1. Kauf von Wertpapieren (vgl. JDR. **4** Ziff. II A 1 zu § 459). a) LeipzZ. **10** 167 ff. (Dresden). Die Grundsätze für Mängelgewähr sind beim Kaufe von Wertpapieren nur anwendbar, wenn das Wertpapier selbst als Sache mangelhaft ist; die Fehler müssen sich unmittelbar auf die Kaufsache beziehen. An diesem Erfordernisse fehlt es, wenn bloß tatsächliche Mängel des Aktien- oder Bergwerkunternehmens vorliegen, dessen Aktien oder Kuxe gekauft sind; der Minderwert des Wertpapiers ist kein Mangel im Sinne der Gewährleistungsvorschriften (vgl. **RG. 54** 353). b) **RG.** 19. 10. 10, BankA. **10** 93. Bei dem Kaufe von Anteilen einer Kalibohrgesellschaft finden die für den Sachkauf geltenden Gewährleistungsgrundsätze keine Anwendung.

2. **RG.** 22. 9. 09, SeuffA. **65** 90 ff. Der Mangel eines verkauften Rechtes, insbesondere einer verkauften Hypothek, ist nicht als Sachmangel im Sinne der §§ 459 ff. zu behandeln, auch können diese Vorschriften nicht entsprechende Anwendung finden.

3. Besondere Bestimmungen des Kaufvertrags (JDR. **7** Ziff. 2 u. 3 zu § 459). **RG.** 18. 3. 10, **73** 257, JW. **10** 469. Ist in einem Kaufvertrage bestimmt, daß alle Meinungsverschiedenheiten über die Beschaffenheit der Ware durch Arbitrage zu regeln seien, die durch von den Parteien zu ernennende Sachverständige zu erfolgen hat, so muß der Käufer auch eine mangelhafte Ware annehmen, im Falle der Mangelhaftigkeit, unter Ausschluß der sonst aus der Gewähr-

leistungspflicht sich ergebenden Rechte; er hat nur Anspruch auf Minderung des Preises nach Maßgabe der Schätzung von Gutachtern.

4. Verkauf von Antiquitäten. SeuffA. **65** 181 ff., SeuffBl. **10** 121 (München) sieht mit Lenel, JheringsJ. **44** 17 f., für den Handel mit Antiquitäten (Zeichnungen alter Meister) die Haftung des Verkäufers ohne ausdrückliche Zusicherung (Garantie) für die Echtheit begriffsmäßig als ausgeschlossen an, weil der sachverständige Käufer ohne eigene grobe Fahrlässigkeit gar nicht darüber in Zweifel sein kann, daß die Ursprungsbezeichnung nicht eine objektive Eigenschaft, sondern nur eine subjektive Meinung ist, die jeder Kenner in ihren Grundlagen selbständig nachzuprüfen vermag.

5. **RG.** 29. 4. 10, SächsRpflA. **10** 304, HoldheimsMSchr. **10** 254. Der aus § 276 BGB. herzuleitende allgemeine Rechtssatz gilt unbeschadet der §§ 459 ff. auch für den Kaufvertrag.

§ 459. 1. Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche (JDR. 8 Ziff. 2). a) **RG.** 18. 10. 10, JW. **11** 39, SächsRpflA. **10** 561, GruchotsBeitr. **55** 345, DJZ. **11** 218, LeipzZ. **11** 70. Die Frage der Brauchbarkeit einer Ware im Sinne des § 459 BGB. ist wesentlich nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Momenten zu bestimmen. Soweit solche Momente, insbesondere sachliche Mängel, die Verwendbarkeit durch den Konsumenten für die Zwecke, für welche sie bestimmt ist, ausschließen und daraus die Unverkäuflichkeit durch denjenigen, der den Vertrieb und den Weiterverkauf derselben übernommen hat, sich ergibt, müssen insoweit die Voraussetzungen des § 459 als gegeben erachtet werden. Auch derjenige Käufer einer Ware, der dieselbe lediglich zum Zwecke des Weiterverkaufs und Vertriebs erwirbt, kann sich, wenn dieselbe wegen Mangelhaftigkeit unverkäuflich ist, unter Umständen auf die Bestimmung des § 459 BGB. berufen, wonach der Verkäufer dem Käufer für Fehler haftet, welche die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern. Unter Gebrauch im Sinne dieser Bestimmung kann auch der Gebrauch durch den Konsumenten, an den die Ware weiterverkauft wird, verstanden werden. b) **RG.** 1. 11. 10, R. **10** Nr. 3906. Wird ein Grundstück mit der dem Verkäufer bekannten Absicht des Käufers erworben, dasselbe gleich nach der Erwerbung zu bebauen, so bildet eine im öffentlichen Rechte beruhende Baubeschränkung, durch welche die Bebauung für nicht absehbare Zeit unmöglich wird, einen Sachmangel im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB. c) R. **10** Nr. 2514 (Stuttgart). Nicht jeder den Wert der Sache im Verhältnisse zu einer neuen Sache derselben Art herabmindernde Umstand ist zugleich ein solcher, der die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt oder mindert. Daher berechtigen genügend reparierte Risse an einem als gebraucht gekauften Kessel nicht ohne weiteres zur Wandelung oder Preisminderung.

2. Begriff der Zusicherung (JDR. 8 Ziff. 4). a) OLG. **21** 197 f. (Rostock). Die ausdrückliche Zusicherung einer Eigenschaft verlangt das Gesetz nicht; es genügt, wenn sie als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, d. h. wenn ein Verhalten der Parteien vorliegt, aus dem nach der Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung auf einen dahingehenden Geschäftswillen geschlossen werden muß. Durch bloßes Stillschweigen kann aber eine derartige Zusicherung nicht begründet werden, vielmehr muß sie durch eine positive Willensbetätigung zum Inhalte des Vertrags gemacht sein (vgl. Staub, § 377 HGB. Anm. 41; **RG.** JW. **05** 530). b) **RG.** 27. 5. 10, JW. **10** 748, ElsLothJZ. **10** 506, HoldhMSchr. **10** 273, LeipzZ. **10** 858. Die stillschweigende Zusicherung einer Eigenschaft kann unter Umständen in dem beiden Vertragsteilen bekannten Verwendungszwecke der Ware gefunden werden. Ob solche Umstände vorliegen, untersteht der tatsächlichen Würdigung. c) SeuffA. **65** 345, R. **10** Nr. 1722 (Rostock). Eine Eigenschaft der Kaufsache wird nicht schon dadurch zugesichert, daß bei den Vertragsverhandlungen

hervortritt, die Sache solle beim Käufer einem diese Eigenschaft erfordernden Gebrauche dienen.

3. Zugesicherte Eigenschaften (JDR. 7 Ziff. 7, 8 Ziff. 6). **a)** Pos. MSchr. **10** 153 (Königsberg). In dem Verkaufe von „Saatweizen, Saatroggen, Saathafer", im Gegensatze zu Weizen, Roggen, Hafer, kann eine stillschweigende Zusicherheit der Keimfähigkeit liegen. Bei Wrukensaat ist es anders, weil die einzige wirtschaftliche Verwendungsart die als Saat ist. Der Ausdruck „Wrukensaat" kann hier nicht die Hervorhebung einer besonderen wirtschaftlich wertvollen Eigenschaft im Gegensatze zu anderen wirtschaftlichen Verwendungsarten bezeichnen, also nicht die Zusicherung einer Eigenschaft enthalten. **b)** SchlHolstAnz. **10** 246 (Kiel). Die Zusicherung des Verkäufers eines Grundstücks, daß dieses auf einem als allgemein benutzbar bezeichneten Wege einen Zuweg in einer bestimmten Richtung habe, ist als Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks anzusehen.

4. Begriff der Eigenschaften. **a)** OLG. **20** 175 (KG.). In der Zusicherung eines Blößengewichts von 78 pCt. beim Verkaufe von Rinderhäuten ist die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs. 2 zu erblicken. **b)** Els. LothJZ. **10** 518 ff. (Colmar). In der Erklärung des Verkäufers, daß mit dem übertragenen Gewerbe noch ein Mietvertrag von längerer Dauer verbunden sei, der es gestatte, dieses Gewerbe noch längere Zeit nutzbringend auszuüben, liegt die Zusicherung einer bestimmten Rentabilität des übertragenen Gewerbes und hierin ist die Zusicherung einer Eigenschaft des Handelsgewerbes im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. zu erblicken. **c)** R. **10** Nr. 1513 (Hamburg). Die Herkunft einer Ware ist in der Regel ohne Bedeutung. Sie kann aber zu einer Eigenschaft der Ware werden, wenn die Herkunft nach der Verkehrsanschauung die Gewähr für eine besondere Beschaffenheit und Verwendbarkeit bietet und auf den Preis bestimmend wirkt, z. B. Messina-Apfelsinen. **d)** **RG.** WarnE. **4** 75, Mschutz u. Wttbew. **10** 187. Ein Warenzeichen, das mit einem Fabrikbetriebe verkauft worden ist, stellt nicht eine Eigenschaft dieses Fabrikbetriebes dar.

5. Einzelne Sachmängel. **a)** α. **RG.** R. **10** Nr. 3728. Daß der Verkäufer dem Käufer erzählt hat, bei seiner Gutsübernahme habe er große Reparaturen wegen Schwammschäden gehabt, er verkaufe das Gut nur, wie es liege, mit allen Schwammschäden und Lasten, steht der Annahme des Verschweigens des Schwammes nicht entgegen. β. OLG. **21** 194 f. (Marienwerder). Trockenfäule kann einen Fehler eines Gebäudes im Sinne des § 459 darstellen. Da sich in alten Blockhäusern regelmäßig auch trockenfaule Stellen vorfinden, kann der Käufer eines solchen Gewährleistungsansprüche wegen bestehender Trockenfäule nicht geltend machen. **b)** **RG.** 7. 1. 10, R. **10** Nr. 672. Das Fehlen der bloß vorausgesetzten bisherigen Rentabilität eines verkauften Geschäfts ist kein Fehler im Sinne des § 459; nur im Falle der vertraglichen Zusicherung einer bisherigen Rentabilität kann die Höhe des Ertrags in der Vergangenheit einer Eigenschaft der verkauften Sache und damit das Fehlen dieser Rentabilität einem Fehler der Sache rechtlich gleichgestellt werden. Ebenso **RG.** 9. 11. 09, JW. **10** 5, ElsLothrJZ. **35** 281. **c)** R. **10** Nr. 3330 (Hamburg). Mag auch die Beleihungsfähigkeit eines Grundstücks bis zu einer gewissen Höhe eine Eigenschaft des Grundstücks sein, so ist doch die erfolgte zu hohe Belastung des Grundstücks kein Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit des Grundstücks zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert.

6. ElsLothJZ. **35** 620 (Colmar). Die Beweislast dafür, daß die verkaufte Ware zur Zeit des Gefahrüberganges auf den Käufer nicht mit Mängeln behaftet ist, hat der Verkäufer; hat der Käufer die Ware jedoch als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Ware.

7. **RG.** 10. 5. 10, HoldheimsMSchr. **10** 275. Eine mündliche Zusicherung von Eigenschaften des verkauften Hauses, die nicht in den notariellen Vertrag aufge-

nommen ist, wird durch die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch wirksam, wenn die Abmachung über die Zusicherung zur Zeit des Abschlusses des notariellen Aktes noch dem Vertragswillen der Parteien entsprach.

8. **RG.** 27. 5. 10, JW. **10** 748, ElsLothJZ. **10** 506, LeipzZ. **10** 858, HoldhMschr. **10** 273. Der Verkäufer einer individuell bestimmten Ware ist grundsätzlich nicht verpflichtet, sie auf ihre Tauglichkeit für den ihm bekannten Verwendungszweck des Käufers näher zu prüfen, vielmehr ist diese Prüfung grundsätzlich Sache des Käufers. Auch aus dem Umstande, daß der Verkäufer Sachverständiger ist, läßt sich dessen Prüfungspflicht nicht herleiten, zumal wenn der Verkäufer die Ware nicht selbst anfertigt, sondern von einem anderen Geschäfte bezogen hat, bezüglich dessen Leistungen im allgemeinen nichts Nachteiliges bekannt ist, und wenn der Käufer die Herkunft der Ware gekannt hat. Eine solche Prüfungspflicht könnte dem Verkäufer obliegen, wenn er dem Käufer gegenüber zur Erteilung seines sachverständigen Rates sich verpflichtet hätte. Dies könnte auch ohne besondere Übernahme als Teil der Verpflichtung des Verkäufers angenommen werden, wenn eine dahingehende Verkehrssitte bestände. — Aus der grundsätzlichen Nichtverpflichtung des Verkäufers zur Prüfung folgt, daß er für einen dem Käufer bei Benutzung der Ware durch einen ihr anhaftenden Fehler erwachsenen Schaden nicht zum Ersatze verpflichtet ist.

9. R. **10** Nr. 2802 (Stuttgart). Als ein „Fehler" im Sinne des § 459 kann es nicht gelten, wenn Trauben, die sich äußerlich als frisch und gesund zeigen, zufolge des Umstandes, daß sie während der Reise einer längeren Regenperiode ausgesetzt waren, und daß sie bei ungünstiger Witterung gelesen worden sind, in ihrer Haltbarkeit beeinträchtigt waren und deshalb auf dem Transporte Not gelitten haben.

§ 461. (JDR. **1** zu § 461.) *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 155, 156. Beim öffentlichen Pfandverkaufe haftet der Pfandgläubiger trotz des Ausschlusses der kaufrechtlichen Mängelhaftung im § 461 für die Zusicherung einer Eigenschaft der Sache, jedoch nicht auf Grund des eigentlichen Versteigerungsgeschäfts, sondern weil die Zusicherung zwischen ihm und dem Ersteigerer ein besonderes, neben dem Versteigerungsgeschäfte herlaufendes Vertragsverhältnis schafft. Als Regel ist zu unterstellen, daß der Pfandgläubiger mit der Zusicherung einer Eigenschaft der Sache beim öffentlichen Pfandverkaufe nicht eine Erfüllungs-, sondern lediglich eine Vertretungspflicht, wie sie dem gewöhnlichen Verkäufer obliegt, übernehmen will. Vgl. Eccius, GruchotsBeitr. **43** 313—315.

§ 462. I. 1. Inhalt des Wandelungsanspruchs. *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 60, 61. Im § 462 wird dem Käufer das Recht beigelegt, Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung), d. h. Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor dem Kaufabschlusse war, zu verlangen. Zu einer vollständigen Wiederherstellung des früheren Zustandes gehört nun aber, daß sowohl der Kaufvertrag als auch seine Rechtsfolgen beseitigt werden. Demgemäß richtet sich der Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelungsanspruch) zugleich auf beides, ohne daß rechtlich eine Teilung des Anspruchs überhaupt möglich wäre. Verlangt also der Käufer von dem Verkäufer Wandelung, so verlangt er, daß der Kaufvertrag als aufgehoben gelten und der eine dem anderen die empfangenen Leistungen zurückgewähren soll. Das Wandelungsverlangen braucht als solches nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann auch aus den vorliegenden Umständen hervorgehen und wird insbesondere wenigstens regelmäßig schon in dem bloßen Verlangen der Rückgewähr zu erblicken sein.

2. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse 38 ff. Der Käufer kann mit der Wandelung nie Schadensersatz fordern und nur Ersatz solcher Verwendungen, die auf die Sache gemacht sind, also z. B. nicht Transportkosten. Hier kann sich ein Anspruch nur aus Verschulden des Verkäufers ergeben.

II. 1. Gebrauch der Kaufsache (JDR. **6** Ziff. 4 und 7). a) **RG.** JDR. **8** unter a, jetzt auch HoldhMSchr. **10** 45, ElsLothrJZ. **10** 216. b) HansGZ. **10** Beibl. 266 f. (Hamburg). In der Benutzung einer wegen Mängel beanstandeten und dem Verkäufer zur Verfügung gestellten Maschine liegt dann kein Verzicht auf den Wandelungsanspruch, wenn der Käufer den fortgesetzten Gebrauch rechtfertigende Umstände darlegt. c) OLG. **20** 177 (Braunschweig). Langandauernder Fortgebrauch der gelieferten Sache, ohne sachlichen Grund, hat zur Folge, daß der Käufer so angesehen wird, als ob er auf die Wandelung verzichtet hätte. d) R. **10** Nr. 2804 (Stuttgart). In der Fortbenutzung eines Apparats, dessen Wandelung begehrt ist, kann eine stillschweigende Billigung dann nicht gefunden werden, wenn der Käufer durch die Weigerung des Verkäufers in die begründete Wandelung einzuwilligen, sich an der Anschaffung eines anderen Apparats behindert sah und wenn zugleich der Apparat ein solcher ist, ohne den der Betrieb nicht fortgesetzt werden konnte.

2. Nachbesserungsrecht des Verkäufers. (JDR. **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 4, **6** Ziff. 1). **RG.** HoldhMschr. **10** 254 über vertragliche Beschränkung der Gewährleistungspflicht auf die Nachbesserung.

3. a) OLG. **20** 176 (Hamburg). Der Anspruch auf Minderung entsteht mit dem Abschlusse des Kaufes. Für die Rückzahlung der Minderung ist der Gerichtsstand daher dort gegeben, wo der Verkäufer zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses wohnt. b) Zuständigkeit für Wandelungs- und Schadensersatzansprüche s. zu § 467 Ziff. 3.

§ 463. I. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse 11 ff. Der Verkäufer haftet auch bei Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß auf Schadensersatz. Der § 463 schließt diese Haftung nicht aus (54 ff.). So haftet der Verkäufer, wenn er fahrlässig Fehler oder verdächtige Umstände verschweigt oder wenn er den Mangel hätte erkennen müssen (13 ff.) oder wenn er leichtsinnig Versicherungen abgibt (14 ff.). Als Zusicherung im Sinne des § 463 kann nur eine vertragsmäßig abgegebene Erklärung gelten (14 ff.). Man darf nicht stillschweigende Zusicherungen bezüglich der wesentlichen Eigenschaften ohne weiteres annehmen (35 ff.). Das Verschweigen bekannter Mängel ist keineswegs immer rechtswidrig und arglistig (61 ff.).

II. 1. a) **RG.** 1. 10. 10, JW. **10** 934, GruchotsBeitr. 55 347, SächsRpflA. **10** 538, LeipzZ. **11** 149. Der beim Kaufabschluß arglistig Getäuschte ist nicht auf die Anfechtung des Vertrags beschränkt, sondern kann, ohne daß ihm eine Rückgabepflicht obliegt, gemäß §§ 823, 826 BGB. Schadensersatz fordern (vgl. **RG. 59** 157, **63** 110, **66** 336, JW. **05** 76). Dazu gehört aber der Nachweis einer Vermögensschädigung im vorliegenden Falle, und dieser ist nicht bereits dann gegeben, wenn der Getäuschte eine sein Vermögen angehende Verfügung lediglich infolge der Täuschung getroffen hat, die er sonst nicht getroffen haben würde, sondern es muß durch die Täuschung oder in deren Folge sein Vermögen an sich beeinträchtigt worden sein. Die Feststellung des Schadens auf der Grundlage, daß der Unterschied zwischen dem wahren Werte und dem infolge der Täuschung gezahlten Preise zu ermitteln ist, ist daher nicht ohne weiteres zulässig. Lediglich bei wissentlich falschen Versicherungen über Eigenschaften der Kaufsache hat das RG., unter sinngemäßer Anwendung des § 463, wegen Gleichheit des Rechtsgrundes ausgesprochen, daß der betrogene Käufer berechtigt ist, den die Eigenschaften vorspiegelnden Verkäufer so in Anspruch zu nehmen, wie wenn dieser ihm die Eigenschaften vertragsmäßig zugesichert, sie aber dann nicht gewährt hätte (vgl. **RG. 63** 112, **66** 338). Der Selbstkostenpreis des Verkäufers hat mit einer Eigenschaft der Kaufsache nichts gemein. Ist somit eine sinngemäße Anwendung des § 463 nicht angängig, so können nur die §§ 249 ff. die Grundlage für die Verwirklichung eines Schadensersatzanspruchs geben. Danach hat der Verkäufer den Käufer wirtschaftlich in die Lage zu bringen, in der dieser sich nunmehr befinden würde, wenn er in seiner früheren Lage nicht die

Verschlimmerung durch die Täuschung erfahren hätte (vgl. JDR. 8 Ziff. II 1) **b) RG.** 5. 5. 09, SeuffA. **65** 264 ff. Bei Berechnung des Schadensersatzes wegen arglistiger Täuschung des Käufers über die Mieterträge des gekauften Grundstücks ist der wirkliche Wert des Grundstücks nach Maßgabe des Ertragswerts, jedoch unter Berücksichtigung etwaiger entsprechender Vergleichskäufe oder der sonst festzustellenden Preise der in der betreffenden Örtlichkeit belegenen gleichartigen Hausgrundstücke zu ermitteln.

2. **RG.** 1. 2. 10, R. **10** Nr. 1236. Eine Vereinbarung dahin, daß der Verkäufer für die durch seine Schuld schadhaft gewordenen gelieferten Gefäße durch Umtausch Ersatz leiste, aber jeglichen Anspruch auf Schadensersatz oder Vergütung des Inhalts grundsätzlich ablehne, erstreckt sich auch auf Fehler, die schon von vornherein bestanden, nicht aber auf Arglist des Verkäufers.

3. SchlHolstAnz. **10** 364 f. (Kiel). Eine von dem Vertreter vor oder bei Abschluß des Kaufvertrags wider besseres Wissen nicht vertragsmäßig gemachte Zusicherung über den Kaufgegenstand gibt dem Käufer keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Vertretenen.

§ 464. 1. *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 166. Mit der vorbehaltlosen Annahme der Sache in Kenntnis des Mangels verliert der Käufer alle Ansprüche aus dem Mangel, die vertragsmäßigen sowohl als auch den außervertraglichen wegen unerlaubter Handlung. Vgl. **RG. 59** 107 ff.

2. Über Mängelrüge und Vorbehalt OLG. Braunschweig, JDR. 8 Ziff. 1, auch OLG. **20** 179.

3. **RG.** 20. 9. 10, R. **10** Nr. 3731. Kennt der Käufer, der bei den Kaufverhandlungen auf die Gewährleistung verzichtet hat, bei der Auflassung zwar einen Mangel, aber noch nicht die Arglist des Verkäufers, und damit die Nichtigkeit der die Gewähr ausschließenden Vereinbarung gemäß § 476 BGB., so kann in der Unterlassung eines Vorbehalts kein Verzichtswille gefunden werden.

4. PosMSchr. **10** 4 f. (Posen). Der Vorbehalt des § 464 ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Käufers, die gegenüber dem Verkäufer oder seinem zum Empfange der Willenserklärung legitimierten Stellvertreter abgegeben werden muß (vgl. Staudinger, Oertmann). Laufburschen, Rollkutschern, oder gewöhnlichen Dienstboten, denen die Ablieferung des Kaufgegenstandes lediglich als eine rein körperliche Hantierung obliegt, fehlt eine solche Legitimation in der Regel.

5. ElsLothJZ. **35** 620 (Colmar). Eine Annahme als Erfüllung ist nicht in jeder körperlichen Hinnahme der angebotenen Sache zu finden, zumal nicht, wenn die Hinnahme nur zur Prüfung und Untersuchung erfolgt. Sie ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn die Hinnahme in der Absicht erfolgt, die angebotene Ware als Leistung („der Hauptsache nach") entgegenzunehmen.

§ 465. 1. Rechtliche Natur des Wandelungsanspruchs (JDR. **1**, **2**, **3** zu §§ 462, 465, **4**, **5**, **6** zu § 465). *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 57—63, insbesondere 61, 62. Der lebhaft umstrittene § 465 bildet die Ergänzung des § 462. Während dieser den tatsächlichen Inhalt des Wandelungsanspruchs bestimmt (vgl. oben zu § 462), gibt jener dem Anspruche seine rechtliche Konstruktion. § 465 sagt von der Wandelung, daß sie vollzogen sei, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Diese Worte können bei unbefangener Auslegung weder im Sinne der Vertragstheorie noch im Sinne der Rückgewährtheorie verstanden werden. Sie bedeuten einfach, daß die Vollziehung des Wandelungsanspruchs schon durch seine vertragsmäßige Feststellung geschieht. Hieraus ergibt sich von selbst die Schlußfolgerung. Der Wandelungsanspruch ist kein gewöhnlicher Leistungsanspruch, der durch wirkliche Leistung des Schuldgegenstandes erfüllt wird, sondern ein auf vertragsmäßige Feststellung des Schuldverhältnisses

gerichteter Grundanspruch, wie ihn in seiner Art das Bürgerliche Gesetzbuch neu geschaffen hat.

Die vertragsmäßige Feststellung des Schuldverhältnisses oder, wie das Gesetz sagt, die Erklärung des Einverständnisses mit dem Wandelungsverlangen ist ebenso wie dieses einer Form nicht unterworfen. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. dadurch, daß der Verkäufer auf das Wandelungsverlangen hin den Käufer zur Rücksendung der Sache auffordert oder mit der Rückzahlung des Kaufpreises beginnt, geschehen.

Die vorstehend entwickelte Auffassung (Grundanspruchstheorie) löst die schwebenden Streitfragen auf die denkbar einfachste Weise.

2. Über den Erfüllungsort beim Wandelungsanspruche vgl. *Hanke 179, 180, zu § 269 Ziff. 3a.

3. OLG. Hamburg, JDR. **8** Ziff. 1, auch OLG. **20** 180.

§ 467. 1. Wandelungsklage bei Versteigerung des Grundstücks (JDR. 2 Ziff. 3 a, **3**, **4**, **6**, **7** Ziff. 1). **RG.** 6. 10. 09, SeuffA. **65** 145. Die Wandelung eines Grundstückskaufs ist ausgeschlossen, wenn der Käufer die Zwangsversteigerung gegen Treu und Glauben nicht verhindert hat.

2. Vertragskosten. Fracht, Lagergeld u. ähnliches (JDR. **3** Ziff. 2, **5** Ziff. II a, **6** Ziff. 1 c zu § 488, **8** Ziff. 3). a) R. **10** 1237 (Braunschweig). Zu den Vertragskosten, die nach § 467 Abs. 2 der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen hat, ist die Maklerprovision nicht zu rechnen. **b)** RheinA. **107** 219 ff. (Düsseldorf). Bei rechtmäßiger Wandelung kann der Käufer als unmittelbare Folge der Wandelung Ersatz der ausgelegten Fracht verlangen, gleichviel, ob den Verkäufer ein Verschulden trifft. Ebenso Staudinger, Planck zu § 467. **c)** SeuffA. **65** 183 ff. (Celle). Die Verpflichtung des Verkäufers aus der Wandelung erstreckt sich nur auf die Rückgabe des Kaufpreises sowie auf Ersatz der Vertragskosten und notwendigen Verwendungen, wegen weiterer Auslagen des Käufers kann nur ein auf Verschulden des Verkäufers gegründeter Schadensersatz in Frage kommen (vgl. **RG. 52** 19). AA. Staudinger u. Planck zu § 467; Wolff, GruchotsBeitr. **48** 503 ff.

3. Zuständigkeit (JDR. **2** Ziff. 3c, **3** Ziff. 3, **8** Ziff. 2). a) **RG.** 5. 11. 09, HoldheimsMSchr. **10** 44, JW. **10** 23, ElsLothJZ. **35** 280. Wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung verlangt wird, ist nach § 29 ZPO. der dort geordnete besondere Gerichtsstand des Vertrags an demjenigen Orte begründet, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Unter der „streitigen Verpflichtung" ist aber nicht die Schadensersatzpflicht, sondern diejenige Verpflichtung zu verstehen, wegen deren Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung Schadensersatz geleistet werden soll. Bei der Verfolgung von Wandelungsansprüchen ist die Sachlage insofern eine andere, als die von dem Käufer verlangte Rückgewährung seiner Leistungen als solche die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 ZPO. darstellt (vgl. **RG. 55** 105, **57** 12), und daher der Gerichtsstand am Wohnorte des Käufers gegeben ist. Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind dagegen dort geltend zu machen, wo der Verkäufer seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. **b)** Hinsichtlich der Zuständigkeit vgl. auch **RG.** 20. 9. 10, JW. **10** 948, GruchotsBeitr. **55** 110, BankA. **10** 139, BöhmsZ. **20** 559.

4. Verschlechterung der Kaufsache (JDR. **6** Ziff. 2, **7** Ziff. II 1). a) **RG.** 19. 2. 10, GruchotsBeitr. **54** 930, BayRpflZ. **10** 156. Behauptet der Wandelungsbeklagte eine wesentliche Verschlechterung des Kaufgegenstandes, die von dem Käufer verschuldet sein soll, so hat er nur die Verschlechterung zu beweisen, während es an dem Käufer ist, darzutun, daß er sie nicht verschuldet hat. **b) RG.** 8. 10. 10, JW. **10** 997 führt in Übereinstimmung mit **RG.** JW. **08** 478 — JDR. **7** Ziff. II 1 unrichtig 487 — aus, daß ein vom Käufer zu vertretendes Verschulden

in Ansehung der Verschlechterung der Kaufsache nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Verschlechterung erst hervorgetreten ist, nachdem das Wandelungsverlangen ausgesprochen war. Die durch den Empfang des Kaufgegenstandes mit Bezug auf die Rückgewährpflicht begründete Verantwortlichkeit dauert bei der Wandelung bis zu deren Vollziehung gemäß § 465 und diese Vollziehung und nicht schon das einseitige Verlangen der Wandelung tritt an Stelle der Rücktrittserklärung des Rücktrittsberechtigten als dasjenige Ereignis, bis zu dessen Eintritt ein Verschulden der im § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat. — Wollte man selbst, wofür das Gesetz keinen Anhalt bietet, so weit gehen, daß dem Wandelungsverpflichteten das Recht, sich in den Fällen der §§ 351, 353, 467 BGB. auf den Wegfall seiner Verpflichtung zu berufen, dann versagt würde, wenn ihm in bezug auf das Verschweigen des die Wandelung veranlassenden Sachmangels ein arglistiges Verhalten zur Last fällt, so würde doch keineswegs ein solcher Rechtsgrundsatz auch in den Fällen zur Anwendung gebracht werden dürfen, in denen der Wandelungsberechtigte bei Herbeiführung der Verschlechterung der Kaufsache seinerseits ebenfalls arglistig gehandelt hat.

5. DJZ. **10** 89 (Stuttgart). Unter den „Vorteilen, die der Gebrauch einer Sache gewährt", läßt sich bei Wandelung einer Maschine nicht das gesamte Erträgnis verstehen, das der Käufer durch Verwendung der Maschine erzielt hat (abzüglich der Geschäftsunkosten), sondern nur der Mehrertrag, der durch Verwendung einer Maschine dieser Art gegenüber der bisher beim Käufer angewendeten Produktionsart (Handbetrieb, Verwendung einer andersartigen Maschine) erzielt wird.

6. **RG.** R. **10** Nr. 3907. Gibt der Käufer nach vollzogener Wandelung eine andere als die gelieferte Sache zurück, so muß er dem Verkäufer die für den Transport der Sache aufgewendeten Frachtkosten ersetzen.

§ 469. **RG.** 19. 4. 10, **73** 382, JW. **10** 612, GruchotsBeitr. **54** 1051, HansGZ. **10** Hptbl. 193. Der § 469 BGB. ist auch auf den Fall anwendbar, daß der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 480 Abs. 2 BGB. beansprucht. Daß § 469 nur im ersten Absatz des § 480 ausdrücklich für anwendbar erklärt worden ist, steht nicht entgegen. Daraus kann nicht geschlossen werden, daß der Gesetzgeber die Anwendung des § 469 im Falle des zweiten Absatzes nicht gewünscht hätte.

§ 472. OLG. **20** 181 (Hamburg). Unter „Wert der Sache" ist der objektive Wert, also der allgemeine Verkaufswert der Kaufsache, nicht etwa der subjektive Wert, den sie speziell für den Käufer hat, zu verstehen.

§ 476. 1. **RG.** 3. 6. 10, ElsLothJZ. **10** 508. § 476 regelt nur den Fall, daß die Haftung für Sachmängel im Kaufvertrag ausdrücklich ausgeschlossen oder beschränkt ist und bestimmt für diesen Fall, daß diese Vereinbarung nichtig ist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Nach Abschluß des Kaufvertrags ist ein Verzicht auf die Gewährleistung auch für arglistig verschwiegene Mängel unbedenklich jedenfalls dann zulässig, wenn der Käufer Kenntnis von dem arglistigen Verschweigen der Mängel erlangt hat.

2. BreslauAK. **10** 9 (Breslau). Der Ausschluß der Gewährleistung kann auch durch konkludente Handlungen verabredet werden. Da es sich dabei um den freiwilligen Verzicht auf ein wichtiges, dem Käufer vom Gesetze gegebenes Recht handelt, müssen aber besondere Umstände vorliegen, aus denen auf einen entsprechenden Willen der Parteien mit Sicherheit zu schließen ist.

§ 477. 1. **RG.** 29. 4. 10, R. **10** Nr. 2177. Auf einen Vertrag, durch welchen ein Grundstück mit einem neuerbauten, aber noch nicht fertiggestellten Hause für einen bestimmten Preis erworben wird, und der Übertragende sich verpflichtet, das Haus bis zur Übergabe fertigzustellen, ohne daß hierfür ein besonderer Preis aus-

bedungen wird, findet die Verjährungsbestimmung des § 477 Abs. 1 und nicht des § 638 Anwendung.

2. Lieferung nicht bestellter Ware (JDR. **2** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **6** Ziff. II 2). R. **10** Nr. 1360 (Braunschweig). Der Schadensersatzanspruch wegen Lieferung einer ganz anderen als der bestellten Ware unterliegt nicht der kurzen sechsmonatigen, sondern der dreißigjährigen Verjährung.

§ 478. 1. Rechtliche Natur der Wandelungseinrede (JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 3, **3**, **6** Ziff. I 1, 2 zu § 478). a) *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 110, 111. Die Wandelungseinrede ist als wirkliche materiell-rechtliche Einrede lediglich mit Defensivwirkung ausgestattet. Der Käufer hat das Recht, nach der Verjährung des Wandelungsanspruchs die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und nur dieses Recht. Er darf also, gestützt auf die Einrede, nicht etwa die Rücknahme des Tieres und die Rückzahlung des gezahlten Teiles des Kaufpreises verlangen, gleich als ob sein Anspruch auf Wandelung überhaupt nicht verjährt wäre. Der Wandelungsanspruch (§ 194 Abs. 1) ist und bleibt verjährt. Nur die Wandelungseinrede besteht noch. Die vorliegende Frage ist äußerst bestritten. Über die verschiedenen Meinungen s. Hanke 110, 111. b) Mit der rechtskräftigen Abweisung der Kaufpreisklage ist der Käufer an sein in der Wandelungseinrede enthaltenes Wandelungsangebot gebunden. Der Verkäufer kann nunmehr jederzeit dieses Wandelungsangebot annehmen und den Anspruch aus der vollzogenen Wandelung geltend machen, also insbesondere die Rückgabe der Sache verlangen. Es steht ihm aber auch frei, den Kaufvertrag aufrechtzuerhalten und sich mit dem zu begnügen, was er auf den Kaufpreis bereits bezahlt erhalten hat.

2. *Klein, SeuffBl. **10** 460. Die Mängelanzeige kann auch von einem beschränkt geschäftsfähigen, ja sogar von einem geschäftsunfähigen Käufer wirksam vorgenommen werden, wofern sie nur den Anforderungen des Gesetzes an Inhalt, Deutlichkeit, Zuverlässigkeit der Mängelrüge entspricht. — Der Empfänger der Mängelrüge muß vollgeschäftsfähig sein.

§ 479. a) **RG.** 28. 6. 10, HoldheimsMSchr. **10** 218. Mit den nach § 477 BGB. verjährten Ansprüchen auf Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft oder auf Minderung des Kaufpreises kann nach § 479 BGB. nur noch gegen die Kaufpreisforderung als solche aufgerechnet werden, nicht gegen die Darlehnsforderung, in welche die Kaufpreisforderung gemäß § 607 Abs. 2 BGB. umgewandelt worden ist. b) SchlHolstAnz. **10** 251 (Kiel) führt im Gegensatze zur herrschenden Meinung (insbesondere **RG. 56** 166, JDR. **3**) aus, daß der Käufer, der die Mängelanzeige rechtzeitig erstattet hat, berechtigt sei, seinen Schadensersatzanspruch nach Vollendung der Verjährung nicht nur gegen Forderungen des Verkäufers aus dem gleichen Kaufgeschäfte, sondern auch gegen andere Forderungen aufzurechnen, die dem Verkäufer innerhalb sechs Monaten nach Ablieferung der Kaufsache gegen ihn erwachsen sind.

§ 480. 1. Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Klagt der Verkäufer einer nur der Gattung nach bezeichneten Sache nach Lieferung einer Ware mittlerer Art und Güte (§ 243 BGB.) auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises und macht der Beklagte geltend, die Ware entspreche nicht der Bestellung, denn es sei erste Güte oder eine besondere Eigenschaft der Ware vereinbart, so trifft den Kläger für den Mangel solcher Vereinbarung die Beweislast.

2. BadRpr. **10** 116 (LG. Mosbach). Lieferung einer mangelhaften Sache aus einer Gattung liegt nur dann vor, wenn der durch die Unbestimmtheit des Schuldverhältnisses bewirkte Spielraum eben die durch die Mängel begründete Verschiedenheit nicht umfaßt, nicht, wenn mit den gegebenen Merkmalen der Gattung eine bestimmte Mangelhaftigkeit ohne weiteres notwendig verbunden ist, eine Mangelhaftigkeit dieser Art allen Stücken der bestimmten Gattung anhaftet.

§§ 481 ff. I. 1. Gefahrübergang und Gewährleistung. *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 13—15. Aus der zeitlichen Verknüpfung der Gewährleistung mit dem Gefahrübergang ergibt sich als notwendige Folge, daß beide auch in sachlicher Beziehung miteinander zusammenfallen. Es ist der Grundsatz aufzustellen: Eine Gewährleistung besteht, soweit der Verkäufer die Gefahr trägt, und umgekehrt der Verkäufer trägt die Gefahr, soweit eine Gewährleistung besteht. Demnach hat beim Viehkaufe der Verkäufer die Gefahr nur insoweit zu tragen, als der zufällige Untergang des Tieres oder seine infolge der Entstehung eines Hauptmangels eingetretene Verschlechterung in Frage steht, während alle anderen zufälligen Verschlechterungen den Käufer treffen. Übereinstimmend Krückmann 51, 52; Meisner, Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Viehgewährschaft 40, 41; Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels 68; MecklZ. **24** 327 (LG. Güstrow). AM. Hinrichsen, MecklZ. **25** 133; Staudinger (Kober) § 481 1a; Stölzle, Viehkauf 89—91, und jetzt auch Cosack, Bürgl. R. (5) I 537.

2. Haftung bei öffentlicher Versteigerung des Tieres gemäß § 489. *Hanke 91, 92, s. unten zu § 489.

3. Haftung des Pfandgläubigers für die Zusicherung einer Eigenschaft der Sache beim öffentlichen Pfandverkaufe. *Hanke 155, 156, s. oben zu § 461.

4. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Leistung. *Hanke 163, 164. Die Entstehung des Anspruchs hängt, was für den Viehkauf bei der Beschränkung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Haustieren auf die Hauptmängel besonders wichtig ist, nicht davon ab, ob der Mangel in einem Hauptmangel oder in einem nicht zur Gewährleistung verpflichtenden Fehler besteht. Seine Grundlage bildet eben nicht der Mangel als solcher, sondern das eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht darstellende Verhalten des Verkäufers (vgl. oben zu § 276). Die Auffassung von Stölzle, Viehkauf 241—245, der die Vertragserfüllungspflicht mit der Gewährleistungspflicht zusammenwirft, ist rechtsirrtümlich.

5. Irrtum über wesentliche Eigenschaften (JDR. **2** Ziff. III 5, **3** Ziff. II 1, 3 zu § 119, Ziff. 1 zu § 482). *Hanke 174. Beim Kaufe von Haustieren können weder Krankheiten noch andere Mängel einschließlich der Hauptmängel zu den wesentlichen Eigenschaften gerechnet werden, die den Käufer im Irrtumsfalle zur Anfechtung des Kaufvertrags nach § 119 Abs. 2 berechtigen. Darunter sind vielmehr nur Eigenschaften zu verstehen, deren Vorhandensein im Verkehr über die Zugehörigkeit eines Tieres zu einer bestimmten, mehr oder weniger eng begrenzten Art von Tieren entscheidet (vgl. oben zu § 119). Ebenso Breucha, WürttJ. **03** 253 ff. Über die verschiedenen Ansichten s. *Hanke aaO. 170—174.

6. Arglistige Täuschung beim Vertragsschlusse (JDR. **5** Ziff. I zu §§ 481 ff.). *Hanke 167—170, 174—176, insbesondere 168. Der Tatbestand der arglistigen Täuschung des § 123 wird regelmäßig mit dem Tatbestande der unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 zusammenfallen.

Die arglistige Täuschung kann nicht nur durch positive Handlungen, sondern auch durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers begangen werden. Dabei macht es, soweit der Viehkauf in Betracht kommt, keinen Unterschied aus, ob sich das arglistige Verschweigen auf einen Hauptmangel oder sonstigen Fehler bezieht. Krückmann, BayRpflZ. **07** 29; Meisner, BayRpflZ. **06** 469 ff. Im Resultat ebenfalls übereinstimmend, jedoch mit widerspruchsvoller Begründung Stölzle, Viehkauf 56 ff., 67, 68 und BayRpflZ. **06** 438 ff., **07** 145—146. Vgl. ferner gegen Stölzle, Then, BayRpflZ. **06** 436 ff.

II. 1. SchlHolstAnz. **10** 75, SeuffA. **65** 220 (Kiel). Die für den Viehkauf bestehenden Sondervorschriften kommen nur für die Zeit nach dem Gefahrübergang in Betracht. Bis dahin gelten die allgemeinen Bestimmungen des zweiten Buches, insbesondere ist nach ihnen zu entscheiden, ob beim Verkauf einzelner Tiere, deren Abnahme und Bezahlung der Käufer verweigert, die Tiere so beschaffen sind, wie der Käufer es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beanspruchen kann (vgl. **RG. 53** 73).

2. SchlHolstAnz. **10** 269 (Kiel). Bei einem Kaufvertrag, in welchem ein Tier „mit der Versicherung" verkauft ist, geht die Gefahr mit der Abnahme des Tieres auf den Käufer über. Es wird an der gesetzlichen Bestimmung durch diese Abmachung nichts geändert.

§ 481. *Hanke 12. Die Sondervorschriften über den Viehkauf sind auch dann anwendbar, wenn Vieh als Zubehör eines Grundstücks verkauft wird (vgl. Staudinger [Kober] § 481 1 e).

§ 482. 1. Begriff der Nutz- und Zuchttiere. *Hanke 32. Als Nutz- und Zuchttiere im Sinne der Kaiserlichen Verordnung müssen alle Tiere gelten, welche bestimmt sind, durch ihre auf kürzere oder längere Zeit in Aussicht genommene Erhaltung Nutzen zu bringen. Hierbei macht es, da die Verordnung irgendwelche Einschränkungen nicht trifft, keinen Unterschied aus, ob die Art der Nutzung eine gewöhnliche oder außergewöhnliche ist. Abweichend Krückmann, Anfechtung 41, 42.

2. *Hanke 36. Die Entscheidung der Frage, ob Nutz- und Zuchttiere oder Schlachttiere verkauft sind, richtet sich im Zweifel ausschließlich nach dem Kaufzwecke, der in Ermangelung einer gegenteiligen Erklärung des Verkäufers als stillschweigend vereinbart zu gelten hat. Die Beweislast trifft den Käufer. Über die verschiedenen Ansichten s. Hanke 33—35.

§ 483. Gefahrübergang. *Hanke 15—24, s. oben zu §§ 446, 447.

§ 485. 1. Inhalt der Mängelanzeige (JDR. 4 Ziff. 2, **5**, **6** zu § 485). *Hanke 40—42. Eine namentliche Bezeichnung des Mangels und noch dazu eine solche mit dem Namen, den ihm die Kaiserliche Verordnung gibt, ist nicht notwendig. Es muß vielmehr genügen, wenn der Verkäufer durch die Anzeige genau erfährt, worum es sich handelt, und daher das Vorhandensein eines bestimmten Hauptmangels in Erwägung ziehen kann und muß. Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. Literatur bei Hanke 41.

2. *Hanke 45. Die Einreichung des Beweissicherungsantrags bei einem unzuständigen Gericht ist keine genügende Mängelanzeige. AM. Meisner aaO. 59 u. Stölzle aaO. 176.

Über die Kosten des Beweissicherungsverfahrens vgl. *Hanke 46, 47.

3. Begriff des arglistigen Verschweigens. *Hanke 51—53. Das wissentliche Verschweigen des Hauptmangels braucht nicht unter allen Umständen ein arglistiges zu sein. Dagegen ist umgekehrt das arglistige stets ein wissentliches. Ein solches läßt sich nur zuschulden kommen, wer den Mangel kennt, nicht auch, wer ihn kennen muß. Doch ist schon das Verschweigen bestimmter und erheblicher Zweifel dem wissentlichen Verschweigen des Mangels selbst gleichzustellen.

Über arglistiges Verschweigen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers s. Hanke 168, 169.

§ 486. 1. Ausschluß der Gewährfrist (JDR. **3** Ziff. 2 zu § 486). *Hanke 53, 54. Die Gewährfrist kann durch Vertrag nicht nur verlängert oder abgekürzt, sondern auch ausgeschlossen werden. Ebenso Krückmann aaO. 71; Reuter-Sauer, Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen 143; Schneider aaO. 128. Vgl. auch Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 486 1 **a**, **b**.

AM. Meisner aaO. 61; Planck II § 486 3; Staudinger (Kober) § 486 6; Stölzle 183.

2. *Hanke 54. Ortsgebräuche und Marktregeln können eine Änderung der Dauer der Gewährfrist insoweit bewirken, als nach § 157 die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß sich die Parteien ihnen vertragsmäßig haben unterwerfen wollen. Die gegenteilige Meinung von Stölzle 184 ist unzutreffend.

§ 487. 1. Inhalt und rechtliche Natur der Wandelung. *Hanke 57—63, s. oben zu §§ 462, 465.

2. *Hanke 68. Zur Herausgabe der für das zufällig untergegangene Tier erhaltenen Versicherungssumme ist im Falle der Wandelung der gegen Viehschaden versicherte Käufer dem Verkäufer nicht verpflichtet. **RG. 64** 350 ff., **68** 45 f., **70** 101 f.; Kronen, System II 77, 78 Anm. 57, 62 Abt. 1 § 51; Krückmann aaO. 77, 78; Oertmann, Vorteilsausgleichung 111 ff. § 14, 123 ff. § 15. Unrichtig Goldmann-Lilienthal, BGB. I § 139 Anm. 9; Meisner 90; Stölzle 204.

3. Wertbemessung. *Hanke 74, 75. Entscheidend für die Wertbemessung in den Fällen des § 487 Abs. 3 ist allein der Zeitpunkt, auf den der die Rückgewähr des Tieres selbst ausschließende Umstand fällt. Über die verschiedenen Meinungen s. Hanke 71—74.

4. Verlust des Wandelungsanspruchs. *Hanke 69, 70. Ungeachtet der Vorschrift des § 487 Abs. 2 geht der Wandelungsanspruch verloren, a) wenn in der Schlachtung oder Umbildung des Tieres oder in der über das Tier getroffenen Verfügung ein stillschweigender Verzicht des Käufers auf ihn zu erblicken ist; b) wenn der Käufer in Kenntnis des Mangels mit der Schlachtung, „Umbildung" oder Verfügung eine Handlung vornimmt, wie sie nach den berechtigten Anschauungen des Verkehrs nur vornehmen darf, wer an den Kauf gebunden sein will.

Die Frage ist lebhaft bestritten. Literatur s. Hanke 71—74.

§ 488. 1. *Hanke 78. Der Verkäufer ist zur Rücknahme des Tieres an dem Orte verpflichtet, an dem die Rückgewähr des Tieres (§ 346 Abs. 2) stattzufinden hat. Zurückgewähren muß aber der Käufer das Tier da, wo sich dasselbe infolge des Kaufvertrags befindet oder befunden hat, also nicht etwa da, wo es überliefert ist. **RG. 55** 105 ff.

2. Erstattung von Transportkosten (JDR. **3** Ziff. 1 b, **5** Ziff. 2, **6** Ziff. 1). *Hanke 79. Mit der Wandelungsklage können nur solche Kosten eingefordert werden, die unmittelbar zwischen den Parteien auf Grund des Kaufvertrags entstanden sind. Demnach sind im Falle der Wandelung die Kosten der Hin- und Rückbeförderung des Tieres nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten der Beförderung zwischen dem Erfüllungsorte des Verkäufers und dem Orte, der für das Tier nach dem Kaufvertrag als Bestimmungsort in Betracht kommt, nicht übersteigen.

3. Erstattung von Vorprozeßkosten (JDR. **6** Ziff. 2). Über die Frage, ob der Käufer, der von seinem Nachmann auf Wandelung verklagt wird und seinem Vormanne den Streit verkündet, von diesem die Kosten des Vorprozesses ersetzt verlangen kann, vgl. *Hanke 80, 81.

§ 489. I. 1. *Hanke 91. Dem Ersteher muß der die Versteigerung betreibende Teil an sich in gleicher Weise Gewähr leisten, wie der gewöhnliche Verkäufer seinem Käufer. Tatsächlich wird sich jedoch die Sache regelmäßig so gestalten, daß eine Haftung für den Mangel, mit dem der Wandelungsanspruch im Prozesse begründet wird, nicht stattfindet. Übereinstimmend Endemann I § 161 Anm. 18; Löffler, JW. **09** 642 ff.; Planck II zu § 489; Staudinger (Kober) II § 489 4 a; Schneider 151. AM. Krückmann, Anfechtung 50, Meisner 68 und Stölzle 122, 123.

2. *Hanke 92. In Abweichung von dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrage darf die Gewährleistung bei der Versteigerung nur hinsichtlich der bis dahin bekannt gewordenen Mängel des Tieres ausgeschlossen werden. Vgl. ferner Löffler, JW. **09** 643.

3. *Hanke 92. Die Tötung des Tieres kann das Gericht weder durch einstweilige Verfügung noch durch Beweisbeschluß anordnen. Ebenso die meisten Schriftsteller. Unrichtig Scherer, BGB. §§ 488, 489.

II. Stölzle, JW. **10** 1033 ff., verteidigt gegen Löffler, JW. **09** 642 ff., JDR. 8, seine Meinung, daß die nach § 489 BGB. erfolgte Versteigerung des Tieres eine Gewährpflicht ausschließe.

§ 490. 1. Rechtliche Natur der Wandelungseinrede und Rechtsstellung des Verkäufers nach rechtskräftiger Abweisung der Kaufpreisklage. *Hanke 110 ff., s. oben Ziff. 1 zu § 478.

2. SchlHolstAnz. **09** 360 (Kiel), JDR. 8, jetzt auch OLG. **22** 236.

§ 491. *Hanke 114, 115. Die Auffassung, daß der Verkäufer beim Viehgattungskaufe nicht Tiere von mittlerer Art und Güte, sondern nur hauptmängelfreie Tiere zu leisten brauche, ist verfehlt. Die allgemeine Vorschrift des § 243 bezieht sich nicht auf die Gewährleistungs-, sondern auf die Erfüllungspflicht des Schuldners und wird durch die Sondervorschriften über die Gewährleistung gar nicht berührt. Sie gilt daher auch für den Viehgattungskauf. Vgl. oben Ziff. I 1 zu §§ 459 ff. Im Resultat übereinstimmend Goldmann-Lilienthal, BGB. I 511; Krückmann aaO. 89; Hirsch-Nagel, Gewährleistung beim Viehhandel 73. AM. Meisner 120, Schneider 11.

§ 492 1. *Manasse, GruchotsBeitr. **55** 32 ff. Verf. wendet sich gegen die Ansicht, nach der die Zusicherung der Abwesenheit von Hauptmängeln nicht unter § 492 falle, vielmehr hierbei die Vorschriften über die Gewähr- und Anzeigefrist der §§ 482 bis 486 Anwendung fänden. Er führt aus: Selbst wenn aus der Entstehungsgeschichte des § 492 hervorginge, daß er sich nur auf Fehler bezieht, die nicht zu den Hauptmängeln gehören, ergäbe sich daraus doch nur, daß dieser Paragraph für den Fall, daß die Abwesenheit von Hauptmängeln zugesichert ist, keine Bestimmung trifft. Um die Vorschriften über die Gewähr- und Anzeigefrist anzuwenden, bedürfte es aber gegenüber § 459 Abs. 2 einer positiven Bestimmung. Tatsächlich ging auch die Kommission bei der Beratung des § 490 von der Annahme aus, daß sie eine solche Bestimmung bereits getroffen habe. Im Widerspruche hiermit war aber tatsächlich vorher bei Beratung des jetzigen § 482 ausdrücklich beschlossen worden, daß bei Zusicherung einer Eigenschaft die allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel zur Anwendung zu kommen haben (also § 459 Abs. 2 und nicht die §§ 482—486). Ob das durch die Fassung noch besonders verdeutlicht werden sollte, wurde der Redaktionskommission überlassen. Zum mindesten enthalten also die Gesetzesmaterialien einen unvereinbaren Widerspruch und können deshalb zur Auslegung des § 492 nicht herangezogen werden. Es liegt daher kein Grund mehr dagegen vor, ihn wörtlich auszulegen und ihm die Zusicherung einer jeden Eigenschaft zu unterstellen. Vielleicht erklärt sich sogar die Fassung des § 492 daraus, daß die Redaktionskommission entsprechend der ihr bei Beratung des § 482 gegebenen Befugnis besonders deutlich zum Ausdrucke bringen wollte, daß auf die Zusicherung sämtlicher Eigenschaften die von den allgemeinen Vorschriften abweichenden §§ 482 bis 486 keine Anwendung fänden.

2. *Laubhardt, GruchotsBeitr. **54** 530 ff. Der nach §§ 492, 463 zulässige Anspruch auf Schadensersatz ist ein anderer als der durch § 487 ausgeschlossene Anspruch auf Preisminderung. Ersterer besteht in der Differenz zwischen der Vermögenslage des Käufers, in die er durch Lieferung der mangelhaften Sache versetzt ist, und der, in der er sich befinden würde, wenn ihm eine mangelfreie geliefert

wäre, letzterer in der Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Preise und demjenigen, der gezahlt worden wäre, wenn der Käufer die fehlerhafte Sache hätte kaufen wollen.

3. Beschaffenheitsangaben. *Hanke 126—128. Unter Berücksichtigung der im Viehhandel herrschenden Verkehrsanschauungen sind beim Viehkauf alle über die Beschaffenheit des Tieres gemachten Angaben des Verkäufers, die geeignet erscheinen, bestimmend auf den Käufer einzuwirken, im Zweifel als vertragsmäßige, rechtswirksame Zusagen anzusehen. Die herrschende Meinung lehrt freilich das Gegenteil. Literatur s. Hanke 127.

4. Zusicherung einer Eigenschaft? a) *Hanke 129. Die Zusicherung einer als vorhanden angenommenen Eigenschaft des Tieres hat, auf die Zukunft gestellt, regelmäßig die Bedeutung, daß der Verkäufer, wenn dem Tiere nach der Übergabe an den Käufer die zugesicherte Eigenschaft fehlt, gewährleistungspflichtig sein will, ohne den Nachweis des Vorhandenseins des Mangels zur Zeit der Übergabe zu verlangen. b) SchlHolstAnz. **10** 267 (Kiel). Die Zusicherung des Verkäufers einer Kuh, daß bis zur Abnahme eine Gewichtszunahme des Tieres eintreten werde, stellt sich nicht als Zusicherung einer Eigenschaft dar. In der Erklärung liegt das Versprechen, die Kuh gut füttern zu wollen, und die Übernahme einer Garantie, daß durch diese gute Fütterung eine Gewichtszunahme der Kuh eintreten werde. c) OLG. **21** 197 f. (Rostock). Eine vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft des gekauften Tieres liegt nicht schon dann vor, wenn beide Parteien eine bestimmte Eigenschaft des Tieres als vorhanden voraussetzen und dieser Voraussetzung Ausdruck geben (vgl. OLG. **9** 1). Es kommt darauf an, ob in dem Verhalten des Verkäufers eine die Eigenschaft zusichernde Erklärung liegt, die als vertragsmäßiges Versprechen abgegeben und angenommen ist.

5. Zusicherung der Trächtigkeit (JDR. **1** Ziff. 2 u. 3, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2a, **5** Ziff. 1, **6** Ziff. I zu § 492). a) *Hanke 141—152. In dem Versprechen des Verkäufers, daß das Tier innerhalb eines bestimmten Zeitraums, oder daß es bis zu einem bestimmten Zeitpunkte werfen werde, ist die stillschweigende Vereinbarung einer Gewährfrist ebensowenig enthalten wie z. B. in der Zusage: Der Bulle ist zum Zuchtstier vorzüglich geeignet und wird sich bis zum 1. Februar 1911 derart entwickelt haben, daß er körfähig ist. Das bezeichnete Versprechen bedeutet vielmehr nur die Zusicherung einer Eigenschaft des verkauften Tieres, die sich in einer gewissen Zeit erfüllen soll. Anders im Anschluß an Stölzle, Viehkauf 327 ff. die herrschende Meinung. Sie beruht auf einer irrigen, rein formularmäßigen Auffassung des Wesens der Gewährfrist. Übereinstimmend Schneider 127; Endemann, Bürgerl. R. I § 161 a Anm. 16; Malkmus, Gerichtliche Tierheilkunde 586 ff.; Krückmann aaO. 65—71; Meisner 139 ff. In der Trächtigkeitszusage ist zugleich die Vereinbarung enthalten, daß der Beginn der sechswöchigen Verjährungsfrist bis zu dem Zeitpunkte hinausgeschoben wird, der als Endtermin für das Werfen des Tieres zu gelten hat. Hanke 148, 149. Übereinstimmend Meisner 141, 142. Die Hinausschiebung des Beginns der Verjährungsfrist bleibt so, wie sie vertragsmäßig festgelegt ist, bestehen und wird insbesondere nicht dadurch berührt, daß der Käufer schon vor der Zeit von dem Mangel der zugesicherten Trächtigkeit Kenntnis erhält. Hanke 149. AM. Meisner 141, 142. b) Schefold, R. **10** 803 ff. Eine Garantie der Trächtigkeit des verkauften Tieres liegt nicht schon darin, daß das Tier als trächtig verkauft ist, daß der Verkäufer sagt, das Tier sei im Monate Mai trächtig geworden und müsse hiernach im Februar kalben, und ähnliches. Erklärt aber jemand: Ich verkaufe das Tier unter Garantie der Trächtigkeit, so will und muß er dafür einstehen, daß das Tier trächtig ist, er will Garantie leisten und diese Garantie kann sich naturgemäß nur so verwirklichen, daß entweder ein selbständiger Garantievertrag oder die Vereinbarung einer bis zum normalen Ablaufe

der Trächtigkeitsfrist dauernden Gewährfrist angenommen wird. **c**) BadRpr. **10** 16 (LG. Mosbach). Wird Trächtigkeit eines Tieres zugesichert, so gilt zwischen den Parteien nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als stillschweigend vereinbart, daß der Beginn der sechswöchigen Verjährungsfrist hinausgeschoben wird bis zu dem Zeitpunkt, in welchem dem Käufer bekannt wird, daß das Tier nicht trächtig ist, längstens bis zu dem Zeitpunkt, in welchem nach dem Inhalte der Zusage das verkaufte Tier werfen soll. Wenn dagegen die Zusage dahin geht, daß das verkaufte Tier seit bestimmter Zeit trächtig ist, dann ist die Frist um diese Zeit zu kürzen. — Dagegen Stölzle, BadRpr. **10** 85 ff. und gegen diesen Fromberg aaO. 86 f. **d**) SeuffBl. **10** 773 ff. (LG. Neuburg). In der Zusicherung des Verkäufers, die Kuh werde in längstens 6 Wochen kalben, ist die Vereinbarung einer Gewährfrist nicht zu erblicken (aM. Stölzle, Viehkauf). Aus einer solchen Zusicherung ist jedoch gemäß §§ 133, 157 BGB. der Wille der Beteiligten zu folgern, daß die sechswöchige Verjährungsfrist des § 490 BGB. erst nach Ablauf der für den Eintritt des Kalbens bestimmten Sechswochenfrist ihren Anfang nehmen solle. Ebenso SeuffBl. **10** 776 (LG. Memmingen).

6. Anwendbarkeit der §§ 478, 479 (JDR. **1** Ziff. 4 u. **2** zu § 490, sowie **2** Ziff. 1 a, c, **4** zu § 492, **5**, **6** zu §§ 490, 492, **7** Ziff. 1 zu § 490, **8** Ziff. 1 zu § 492). **a**) SeuffA. **65** 147 f. (Kiel). Die Aufrechnung eines Schadensersatzanspruchs wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften ist nach Verjährung der Wandelung auch beim Viehkaufe gemäß § 479 beschränkt. Vgl. OLG. **16** 409 (JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 490); Stölzle, DJZ. **03** 52, 100; Planck Anm. 2 a zu § 492; Staudinger Anm. 1 c zu § 492. **b**) FrankfRundsch. **44** 77 (Frankfurt). Der Käufer von Vieh kann entgegen dem — lediglich ungenau gefaßten — Wortlaut des § 492 Satz 1 in Verbindung mit § 490 Abs. 3 Satz 2 auch im Falle der Nichtvereinbarung einer Gewährfrist nach Ablauf der sechswöchigen Verjährungsfrist seinen Anspruch auf Schadensersatz nicht unbeschränkt zur Aufrechnung bringen, sondern nur unter der Voraussetzung der vorherigen Vornahme der in §§ 478, 479 vorgesehenen Handlungen.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. 1. **RG.** 16. 9. 10, JW. **10** 938. Behauptet der Verkäufer, daß ein Muster lediglich hinsichtlich der Farbe maßgebend sein sollte, während der Käufer seine Maßgeblichkeit auch für den vollwertigen Charakter der Ware geltend macht, so ist der Verkäufer für die beschränktere Bedeutung des Musters beweispflichtig.

2. R. **10** Nr. 3908 (Hamburg). Bei einem Kaufe nach Probe muß die Ware genau der Probe entsprechen; anders beim Kaufe „nach Typ". Bei einem solchen sind Abweichungen der Ware vom „Typ" gestattet, wenn nur im ganzen die Ware dem Typ entspricht.

§ 495. 1. Kauf mit Umtauschklausel (JDR. **1** u. **5** Ziff. I). OLG. **20** 166 (Celle). Ein „Kauf auf Umtausch" ist ein unter der auflösenden Bedingung des Abschlusses eines anderen Kaufes über Waren des Verkäufers zu mindestens demselben Preise abgeschlossener Kaufvertrag (vgl. Oertmann, SeuffBl. **06** 697 ff.). Abreden, daß der Umtausch jederzeit gestattet sein solle, sind nicht dahin auszulegen, daß der Umtausch zu jedem noch so späten Zeitpunkt erfolgen könne: es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Zeitraum, innerhalb dessen umgetauscht werden darf, stets ein beschränkter und zwar je nach der Art des geschlossenen Geschäfts verschieden zu bemessender ist. Es soll dem Käufer kein unbegrenztes Recht

verschafft, sondern ihm nur eine billige Frist zur Prüfung des gekauften Gegenstandes eingeräumt werden.

2. HansGZ. **10** Hauptbl. 148 (Hamburg). Der Verkäufer, der die Untersuchung der auf Besicht gekauften Ware nicht gestattet oder der eine andere als die vereinbarte Ware andient, hat dem Käufer Schadensersatz zu leisten.

§ 496. *Hölder, JheringsJ. **58** 136. Wäre die Billigung des Gegenstandes nichts mehr als Genehmigung des Geschäfts oder Unterbleiben des Widerspruchs gegen dieses, so könnte nicht das Schweigen als Billigung gelten.

2. Vorkauf.

§ 505. **RG.** 24. 1. 10 (Plenarbeschluß), **72** 385 ff., RheinARB. **28** 29 ff., tritt der neueren Rechtsprechung des V. Senats (vgl. **67** 42, JDR. **7** Ziff. II 1 g zu § 313) darin bei, daß ein Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks eingeräumt wird, um rechtswirksam zu sein, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe.

§ 507. Hoeniger, Gemischte Verträge 92. Unter Nebenleistung im § 507 ist ausschließlich die bloß koordinierte Leistung zu verstehen. Es kommt für den Tatbestand des § 507 nur darauf an, daß neben dem nach der gesetzlichen Typenbegrenzung in Geld bestehenden Kaufpreise noch andere, also Nicht-Geldleistungen, versprochen sind.

IV. Tausch.

§ 515. 1. **RG.** 18. 1. 10, **73** 88 ff., JW. **10** 299 f., DNotV. **10** 406. Die Annahme eines Tauschvertrags, d. i. des Auswechselns individueller Gegenstände verschiedener Eigentümer unmittelbar gegeneinander, ist begrifflich ausgeschlossen, wenn die vereinbarte Gegenleistung für die Hingabe des einzelnen Gegenstandes ohne Heranziehung des Wertes des dagegen hingegebenen Gegenstandes erschöpfend durch anderweitige Leistungen (Bezahlung, Übernahme oder Bestellung von Hypotheken, Hingabe an Erfüllungsstatt u. dgl.) gedeckt wird. Ein Tauschvertrag liegt dagegen vor, wenn die „Tauschpreise" lediglich zu dem Zwecke vereinbart werden, durch ihre Vergleichung einen Maßstab für die Höhe des Betrags zu finden, der von dem Erwerber des höherwertigen Gegenstandes dem anderen Vertragsteile zur Wertausgleichung zu gewähren ist.

2. **RG.** 3. 12. 09, **72** 299 ff., JW. **10** 65, R. **10** Nr. 42. Stehen sich bei einem Tauschvertrage lediglich unteilbare Leistungen gegenüber, so kann eine gemäß §§ 459 ff. BGB. dem einen Teile etwa zustehende Minderung nicht anders als durch eine von dem anderen Teile ihm zu leistende Geldzahlung erfolgen. Steht dem anderen Teile eine Tauschherausgabe in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu, so findet der Ausgleich zunächst in einer Ermäßigung dieser Leistungen statt; erst nach Erschöpfung dieser Leistungen tritt hier eine entsprechende Zahlungspflicht des anderen Teiles ein.

3. **RG.** 12. 3. 10, **73** 152 ff., LeipzZ. **10** 464. Wird beim Tausche Preisminderung verlangt, so ist die Gleichung so aufzumachen, daß dem objektiven Werte, den die fehlerhafte Tauschsache beim Nichtvorhandensein des Fehlers haben würde, und den sie infolge des Vorhandenseins des Fehlers wirklich hat, der objektive Wert der anderen, die Gegenleistung bildenden Tauschsache gegenübergestellt und auf diese Weise durch Berechnung der Größe X die verkürzte Gegenleistung ermittelt wird. Die Differenz zwischen dieser verkürzten Gegenleistung und dem objektiven Werte der nicht mit einem Fehler behafteten Tauschsache stellt alsdann dasjenige dar, was dem Minderungsberechtigten herauszuzahlen ist.

4. RheinA. **107** 223 (Cöln). Der Streitwert bei der Wandelung eines beiderseits erfüllten Grundstücksaustausches ist grundsätzlich zwar nicht durch Zusammenrechnung der beiderseitigen Leistungen, wohl aber nach dem Tauschpreise des vom Kläger erworbenen Grundstücks, wenn dieser der höhere ist, zu bestimmen (vgl. **RG.** **46** 422).

Zweiter Titel. Schenkung.

Literatur: Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1900.

§ 516. I. Gemischte Schenkung (JDR. **2** Ziff. 5, **3**, **4** Ziff. 1, **6** Ziff. I 1, **7** Ziff. II 2). Hoeniger, Gemischte Verträge, untersucht, inwieweit die Normen des Kaufes und des Schenkungsrechts auf die gemischte Schenkung Anwendung finden (292—297) und erörtert dann die Mängelgewähr und Minderung bei der gemischten Schenkung (303). Er führt aus: Wenn bei voller Entgeltlichkeit für Mängel, die überhaupt, sei es auch nur im geringsten Maße, erheblich sind, Gewähr geleistet werden muß, bei voller Unentgeltlichkeit dagegen auch für den allererheblichsten Mangel kein Gewährleistungsanspruch gegeben wird, so wird bei gemischt entgeltlichem Geschäfte genau entsprechend der zunehmenden Unentgeltlichkeit desselben die Erheblichkeit des Mangels wachsen müssen, die einen Gewährleistungsanspruch auslöst. Je größer die Unentgeltlichkeit des Geschäfts, um so bedeutsamer muß der Mangel sein, der einen ädilizischen Anspruch begründen soll. Über die Minderung im besonderen vgl. 305/306.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 22. 11. 09, **72** 191, JW. **10** 13. Zum Begriffe der Schenkung gehört allerdings nicht die Absicht der Liberalität, nicht die Absicht der durch die Zuwendung eintretenden Bereicherung; wohl aber müssen beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sein (eingehende Literaturangaben).

2. **RG.** 30. 6. 10, **74** 139 ff., JW. **10** 808. Eine Schenkung setzt nach § 516 BGB. notwendig die Einigung und Einigkeit des Gebers und des Empfängers der Leistung voraus, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge. Hat der eine Teil einen Rechtsanspruch erhoben und hat darauf der andere Teil, ohne dabei zu erklären, daß er einen Rechtsanspruch nicht anerkenne, sich zu einer Leistung verpflichtet, dann kann von der zu einer Schenkung erforderlichen Einigung keine Rede sein. Die Ansicht, daß die nachträgliche Gewährung einer Vergütung für zunächst unentgeltlich übernommene Leistungen stets oder auch nur der Regel nach als Schenkung aufzufassen sei, ist abzulehnen.

3. **RG.** JW. **10** 938. In einer Erklärung „nach meinem Tode soll einmal meine Enkelin Edith diese 3000 M. bekommen" ist keine schenkweise Abtretung der Forderung an die Enkelin zu finden.

4. RG. 11. 2. 10, DJZ. **10** 593. Zuwendungen der Großbanken an ihre Pensionskassen sind Schenkungen, da eine Absicht der Bereicherung der begünstigten Kassen nicht vorzuliegen braucht und mit dem etwaigen Zwecke der Bank, sich einen festen Stamm zuverlässiger Mitarbeiter zu sichern, nicht unverträglich ist. Die Schenkungen sind jedoch nicht steuerpflichtig, weil die Bank durch Gewährung der Zuschüsse an die Pensionskassen eine Anstandspflicht erfüllt (§ 56 ErbschStG.).

5. SächsRpflA. **10** 237 (Dresden). Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen macht, um dessen Bedenken gegen die Ehe zu zerstreuen oder um sich von vornherein für erwartete größere Pflege und Hilfe besonders erkenntlich zu zeigen, sind nicht als Gegenleistungen, als Entgelt für das Eheversprechen und für die mit der Verheiratung übernommenen Pflichten aufzufassen, sondern als Schenkungen. Von einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht im Sinne des § 534 kann bei Zuwendungen der fraglichen Art nicht gesprochen werden.

§ 517. 1. Semeka, Das Wartrecht, ABürgR. **35** 124. Durch § 517 ist die Möglichkeit einer Anwartschaft auf ein angefallenes, noch nicht erworbenes Recht ausdrücklich zugelassen. Diese Bestimmung bestätigt die Ansicht, welche zwischen zukünftigen Forderungen und Vermögen nur einen quantitativen Unterschied macht. Nur deshalb fällt der Verzicht auf angefallene, noch nicht endgültig erworbene Rechte

nicht unter den Schenkungsbegriff, weil das BGB. eine bei bereits endgültig erworbenem Vermögen eintretende Vermögensverschiebung voraussetzt. Die Existenz eines Wartrechts wird jedoch hier ebensowenig zu leugnen sein, wie zu leugnen sein wird, daß sich das Recht auf Nutzung oder künftig verfallende Zinsen als Anwartschaft darstellt.

2. BayRpflZ. **10** 222 (Nürnberg). Anlegung eines Kapitals auf den Namen des Beschenkten ist noch nicht Vollzug der Schenkung, wenn der Bankschein und damit die Möglichkeit der Erhebung bei dem Schenker bleibt.

§ 518. 1. Vollziehung der Schenkung. **RG.** R. **10** Nr. 673. Das BGB. schreibt für die rechtswirksame Vollziehung einer Schenkung keine andere Form vor, wie die sich aus der Besonderheit des geschenkten Gegenstandes ergebende Übereignungsform.

2. HessRspr. **10** 179 f. (Darmstadt). Allerdings hat derjenige, der ein wegen Formmangels nichtiges Schenkungsversprechen abgegeben hat, das Recht, den Mangel der Form durch Bewirkung der versprochenen Leistung zu heilen. Allein das Recht ist wie jedes andere Recht, das die Vornahme einer Handlung gestattet, kein subjektives Recht, sondern der Ausfluß einer objektiven Rechtsnorm, und es ist insbesondere kein Privatrecht des Schenkers, welches zu seinem Vermögen gehört und nach § 1922 vererbt werden kann. Solange der Mangel des formlos abgegebenen Schenkungsversprechens nicht geheilt ist, bleibt es nichtig. Bei dem Tode besteht daher für den Versprechenden aus dem nichtigen Schenkungsversprechen keine Verpflichtung und ebensowenig ein zum Vermögen des Versprechenden gehöriger Anspruch auf Heilung des nichtigen Versprechens. Der Verstorbene kann nicht mehr handeln und die Erben können ihn hierin nicht vertreten, denn weder eine Verpflichtung noch ein Recht ist auf sie übergegangen.

3. Schenkung eines Sparkassenguthabens (JDR. **3** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2, **5** u. **6**, **7** Ziff. II 1). **RG.** 24. 2. 10, JW. **10** 329 f., SeuffBl. **10** 679. Zur Vollziehung der Schenkung eines Sparkassenguthabens ist außer der Abtretungserklärung die Übergabe des Sparkassenbuchs nicht erforderlich. Die gemäß § 808 ausgefertigten Sparkassenbücher zählen nicht zu den Wertpapieren, bei denen zur Übertragung des darin verbrieften Rechtes die Aushändigung der ausgestellten Urkunde wesentliches Erfordernis ist. Die Übertragung des darin verbrieften Rechtes erfolgt wie bei gewöhnlichen Schuldurkunden durch den bloßen Abtretungsvertrag. Hat hierdurch der neue Gläubiger die Forderung erworben, so steht ihm nach § 952 das Eigentum am Sparkassenbuche zu (wie **RG.** 30. 9. 07, JDR. **6** Ziff. II 1).

4. **a)** OLG. **21** 248 (Cassel). In dem Mitgiftversprechen der Eltern der Braut an den Bräutigam ist regelmäßig eine Schenkung nicht zu erblicken. Auch die Ansicht, daß darin wenigstens insoweit eine Schenkung liege, als sie das den Umständen, besonders den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß übersteige (**RG. 63** 323 [JDR. **5** Ziff. 2 c zu § 1624], **67** 206 [JDR. **7** Ziff. III 2 zu § 1624]), verdient keine Billigung. **b)** OLG. **21** 240 (Hamburg). Die schenkweise Zusicherung einer Leibrente bedarf zur Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung.

5. **RG.** 16. 6. 09, **71** 289 ff., schon JDR. **8** Ziff. 2.

§ 519. Über die **clausula rebus sic stantibus** vgl. Stahl a. Ziff. 1 zu § 321.

§ 525. Hoeniger, Die gemischten Verträge 253 ff., sucht unter Kritik der Ausführungen Haymanns, JheringsJ. **56** 118 (vgl. JDR. 8), den Entgeltlichkeitstatbestand gegen die Auflage abzugrenzen, indem er zunächst den Begriff der Auflage feststellt (258). Er führt 264 ff. aus: Die sog. Auflage zugunsten des Schenkers wie diejenige zugunsten eines Dritten stellt ein entgeltliches Geschäft dar. Diese beiden Tatbestände werden durch die hierfür gegebenen Normen in jeder Beziehung ausreichend geregelt, ihre Einordnung in die besondere Kategorie der Auflage hat daher keinen Wert. Dagegen bilden die Fälle, bei denen nicht bestimmte,

oder überhaupt nicht Rechtssubjekte zu Empfängern der Auflageleistung gemacht sind, einen eigenartigen Geschäftstyp. Als Typus der Auflage verbleibt daher nur diese Gruppe von Tatbeständen. Die Auflage in dieser Abgrenzung bildet nicht einen so scharfen Gegensatz zur Entgeltlichkeit, wie man gewöhnlich meint; diese besondere Form der Auflage kann bei jedem entgeltlichen Geschäfte, gleichviel mit welchem Maße der Entgeltlichkeit, wie auch bei voller Unentgeltlichkeit vorkommen. Die Auflage ist mithin eine ebenso allgemeine Kategorie wie der Vertrag zugunsten eines Dritten. Das die Auflage konstituierende Element ist die Leistungspflicht an vertragsmäßig nicht individuell fixierte Rechtssubjekte oder überhaupt nicht an Rechtssubjekte. — Die Normen der §§ 525 Abs. 1, 526 und 527 sind eigentlich nichts weiter als ganz spezielle Vorschriften, wie sie sich sehr ähnlich schon aus der entsprechenden Anwendung der §§ 320 ff. ergeben würden. Über diese wenigen speziellen Punkte heraus können auch sonst die §§ 320 ff. auf den besonderen Tatbestand der Auflage angewendet werden. Einzig die Norm des § 525 Abs. 2 läßt sich nicht schon aus den §§ 320 ff. ableiten.

§ 527. SchlHolstAnz. **10** 277 ff. (Kiel). Der Widerruf einer Schenkung wegen Nichterfüllung einer Auflage ist unzulässig, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage durch den Schenker selbst herbeigeführt worden ist.

§ 528. R. **10** Nr. 2353 (Braunschweig). § 528 Satz 3 bezieht sich nur auf den Fall des Satzes 2, wenn sich also der Beschenkte zur Zahlung einer Rente erbietet.

§§ 528, 529. SeuffA. **65** 12 (Augsburg). Ob das Unvermögen des Schenkers, sich zu erhalten, durch die Schenkung selbst oder durch andere Umstände herbeigeführt wurde, ist belanglos. Wenn der Schenker dargetan hat, daß er nichts oder nichts mehr besitzt, ist es Sache des Beschenkten, nachzuweisen, daß der Schenker die Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt habe oder daß ein anderer der im § 529 angeführten Ausnahmefälle vorliege. Der Schenker muß jedoch die bestimmten Behauptungen des Beschenkten über das noch vorhandene Vermögen des Schenkers widerlegen. Der Schenker kann sich auf den § 528 nicht berufen, wenn er zur Zeit zwar nicht aus den Einkünften, aber aus der Substanz des Vermögens seinen Unterhalt zu beschaffen vermag (vgl. **RG.** SeuffA. **61** Nr. 102). Die Bedürftigkeit ist nicht nach dem zur Zeit der Klagezustellung, sondern nach dem zur Zeit der Erlassung des Urteils vorhandenen Vermögen zu beurteilen.

§ 530. 1. Widerruf bei der gemischten Schenkung. Hoeniger, Gemischte Verträge 306 ff. Der Widerruf bei der gemischten Schenkung führt zur Aufhebung des ganzen Vertrags in der Weise, daß beide Teile das Empfangene zurückzuerstatten haben. Der Käufer-Beschenkte muß das teilweise als Geschenk Erhaltene zurückgeben, der Schenker-Verkäufer den nur teilweises Entgelt bildenden Preis (307). Das Widerrufsrecht bei der Schenkung wird ausgelöst durch das Hinzutreten des Tatbestandes des groben Undankes oder einer schweren Verfehlung seitens des Beschenkten. Es ist leicht ersichtlich, daß diese das Widerrufsrecht auslösenden Tatbestände zahlreicher Abstufungen fähig sind. Es gibt noch viel gröberen Undank als denjenigen, der genügt, um nach § 530 das Widerrufsrecht des Schenkers zu begründen. Ebenso gibt es noch in dem verschiedensten Maße schwerere Verfehlungen, als diejenigen, die schon geeignet sind, das Widerrufsrecht auszulösen. Wenn nun schon bei der vollen Unentgeltlichkeit ein erhebliches Maß von Undank oder Verfehlung dazu gehört, die Entstehung des Widerrufsrechts herbeizuführen, so wird eben bei nur teilweiser Unentgeltlichkeit das Maß dieses Undankes oder der Verfehlung sich entsprechend erhöhen müssen. Je mehr die Unentgeltlichkeit abnimmt und die Entgeltlichkeit des Geschäfts demnach steigt, um so größer wird das Maß des Undankes und die Schwere der Verfehlung sein müssen, durch die ein Widerrufsrecht begründet werden kann. Bei den Geschäften, die zum überwiegenden Teile entgeltlich sind, wird demnach nur eine außerordentlich schwere Verfehlung

oder ein exorbitantes Maß von Undank imstande sein, das Widerrufsrecht auszulösen (309).

2. **RG.** JW. **10** 148. Trotz des eigenen unsittlichen Verhaltens des Ehemanns bleibt ein Liebesverhältnis der Ehefrau noch eine schwere Verfehlung gegen ihn, ein grober Undank, der den Widerruf von Schenkungen an die Ehefrau rechtfertigt.

3. Über die clausula rebus sic stantibus vgl. *Stahl o. zu § 321 Ziff. 1.

§ 532. Über den Begriff der Verzeihung vgl. JDR. **6** und u. zu § 1570.

§ 534. **RG.** 11. 2. 10, **73** 49. Was der Anstand verlangt, ist ein Verhalten, das nicht dergestalt gegen die Anschauungen der in Betracht kommenden Gesellschaftskreise verstößt, daß der Handelnde oder der ein bestimmtes von ihm erwartetes Handeln Unterlassende dadurch eine Einbuße in der Achtung und Anerkennung dieser Kreise erleidet.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

Literatur: Breit, Das Recht zur Untervermietung, SächsRpflA. **10** 297—300. — Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1910. — Loewe, Das Mietrecht des Deutschen Reiches. München 1910. — Mittelstein, Streitfragen aus dem Mietrechte, R. **10** 266—271. — Schoch, Ist die im Wege der Zwangsverwaltung erfolgende Beschlagnahme von Mieten als Vorausverfügung im Sinne des § 573 BGB. anzusehen? BadNotZ. **10** 92—102. v. Seeler, Die Rechtsstellung des Jagdpächters bei Veräußerung des Grundstücks. Festgabe für Gierke II 345—356.

I. Miete.

§ 535. I. 1. Hoeniger, Gemischte Verträge 157 ff., weist nach, daß beim Safevertrage Verwahrung neben der Miete nicht in Betracht komme. Da vielmehr in dem Vertragstatbestande des Safegeschäfts neben der Gebrauchsüberlassung auch Arbeitsleistung versprochen ist, so müsse der Vertrag als eine Kombination von Miete und Arbeit aufgefaßt und beurteilt werden.

2. *Loewe, Mietrecht 27. Soweit nicht Vertrag oder Gesetz es regeln, ist vielfach der Ortsgebrauch für den Inhalt des Mietvertrags maßgebend. In Berlin besteht z. B. der Ortsgebrauch, daß der Mieter den selbsttätigen Fahrstuhl zu jeder Zeit, auch nachts, zum Herauf- und Herunterfahren benutzen darf.

3. Grünebaum, EisenbE. **27** 29 ff. Dem Mieter oder Pächter steht eine Enteignungsentschädigung nicht zu, solange ihm der Sachbesitz nicht eingeräumt ist (vgl. Koffka, Enteignungsgesetz zu § 11). Ebenso **RG.** 21. 10. 10, **74** 367 ff.

II. Aus der Praxis. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (JDR. **2** Ziff. 1 b, **4** Ziff. V 6, **5** Ziff. II 6, **7**, **8** Ziff. II 1). a) OLG. **21** 198 (KG.). Die Vereinbarung, daß die Beklagten das Haus benutzen und dafür die Lasten und Hypothekenzinsen tragen, ist ein Mietvertrag. Es ist unbedenklich zulässig, den Mietpreis in der Weise zu bestimmen, daß der Mieter den Vermieter von einer Schuld befreit. b) OLG. **20** 98 (KG.). Die Vermietung einer Wohnung in einem dem Vermieter nicht gehörigen Grundstück ist rechtlich zulässig (vgl. Niendorff [8] 22, Mittelstein § 10). Die Einräumung des Vermietungsrechts kann auch anders als durch Bestellung des Nießbrauchs oder einer persönlichen Dienstbarkeit geschehen. c) HansGZ. **10** Hauptbl. 45 f. (Hamburg). Der Mietvertrag setzt nicht voraus, daß die vermietete Sache dem Mieter übergeben wird, sondern nur, daß dem Mieter der Gebrauch der vermieteten Sache gewährt wird. Dafür ist eine Besitzübertragung zwar oft, aber nicht immer erforderlich. d) R. **10** Nr. 3479 (Hamburg). Wer in einem Gasthofe, Logierhaus oder in einer Pension Zimmer reservieren läßt, mietet dieselben nach der Verkehrssprache und zwar ohne daß es einer genauen Abmachung über Preis oder Zeit bedarf.

2. OLG. **20** 107 (KG.). Gemeinschaftlich vermietende Miteigentümer eines Grundstücks sind nicht als Gesamtgläubiger für die Mietforderungen im Sinne des

§ 428 anzusehen. Vielmehr ergibt sich aus der Verwaltungsgemeinschaft, daß ihnen ein gemeinschaftliches Forderungsrecht in dem Sinne zusteht, daß nur an alle gemeinschaftlich geleistet werden kann. Vgl. auch KG., JDR. **7** Ziff. II 3.

3. a) OLG. **21** 198 (Naumburg). Mietverträge über Schankräume können unter der Bedingung der Schankerlaubniserteilung geschlossen sein; eine solche Bedingung kann auch stillschweigend im Vertrag enthalten sein, so daß dann bei Versagung der Erlaubnis der Vertrag hinfällig wird. Dies trifft jedoch nicht zu, wenn eine Brauerei auf Wunsch des bisherigen Wirtes einem anderen die Wirtschaft während der Vertragsdauer mit dem bisherigen Wirte überläßt. **b)** OLG. **20** 103 (Hamburg). Vermietet der Grundstückseigentümer in Kenntnis von der Fortdauer des Mietvertrags mit dem derzeitigen Mieter das Grundstück einem Dritten, so muß er auf Grund des neuen Mietvertrags ohne weiteres für die Einräumung des Grundstücks zur bedungenen Zeit einstehen. Darauf, ob er dieses auch noch besonders zugesagt hat, kommt es nicht an, vielmehr wird seine Haftung durch den Vertrag allein begründet.

4. A n b r i n g u n g v o n S c h i l d e r n (JDR. **4** Ziff. V 4 b, **6** Ziff. II 3, **8** Ziff. II 2). a) OLG. **20** 100 (KG.). Der Mieter eines Eckladens kann beanspruchen, daß der zwischen seinem und dem daneben liegenden Laden befindliche Wandpfeiler ihm zur Anbringung von Geschäftsschildern überlassen wird, wenn der frühere Mieter dieses Ladens den Pfeiler zu seinen Reklamezwecken benutzte. **b)** DJZ. **10** 1412 (KG.). Ein Recht des aus einem Miethause fortziehenden Arztes auf Anbringung eines Schildes mit dem Hinweis auf seine neue Wohnung besteht in Berlin nach der Verkehrssitte nicht (vgl. auch u. zu § 556). **c)** **Anbringung von Mietzetteln über Aftermietung s. Ziff. 1 zu § 536.**

5. OLG. **20** 101 (KG.). Die in dem Mietvertrag enthaltene Erklärung des Mieters, er übernehme die Räume in ihrer jetzigen Beschaffenheit, bedeutet nur, er übernehme die Räume in deren derzeitigem Zustande, genehmige diesen und sei mit ihm zufrieden; dagegen heißt sie nicht, er sei auch damit zufrieden, wenn ein wesentlicher Teil der Mietsache ihm überhaupt nicht gewährt werden könne (vgl. OLG. **10** 162, N i e n d o r f f 95).

6. KGBl. **10** 77 (KG.). Durch das Mieten einer gemeinschaftlichen Wohnung werden beide Eheleute Gesamtschuldner (§ 427). Gemäß § 425 Abs. 2 wirkt eine Kündigung nur in der Person des betreffenden Gesamtschuldners. Eine Wirkung für den anderen würde nur bei Abgabe der Erklärung durch den einen in Vollmacht oder mit Einwilligung bzw. Genehmigung des anderen eintreten. Es genügt hierbei, daß die Erklärung im Namen des anderen miterfolgen soll (§ 164 Abs. 1 Satz 2). Kündigt einer der Eheleute, ohne ausdrücklich hervorzuheben, er kündige für den anderen mit, so wirkt die Erklärung gleichwohl für diesen mit. Den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend wird man annehmen müssen, daß eine so wichtige Erklärung wie die Kündigung der gemeinschaftlichen Wohnung nur im Einverständnisse mit dem anderen Ehegatten erfolgt, der seine Einwilligung bzw. Vollmacht zur Abgabe der Erklärung dem anderen erteilt hat. Für einen dahingehenden Willen spricht eine Vermutung.

§ 536. 1. *L o e w e , Mietrecht 49. Als bei der Überlassung der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche mitzuüberlassendes Zubehör sind regelmäßig zwei Wohnungsschlüssel und zwei Hausschlüssel sowie für jeden weiteren Haus- oder Wohnungseingang ein weiterer Schlüssel zu gewähren. Ferner gehört bei Gestattung des Abvermietens ein Platz an der Haustür zur Anbringung des Mietzettels zum Zubehör.

2. H a f t u n g d e s V e r m i e t e r s f ü r u n g e f ä h r d e t e n Z u g a n g z u d e n M i e t r ä u m e n (JDR. **5** Ziff. 2, **6** Ziff. 1 u. 2, **7** Ziff. II 1, 8 Ziff. 1 u. 3). a) OLG. **20** 124 f. (München). Der Vermieter haftet dem Mieter dafür, daß

er und seine Familienangehörigen jederzeit unbehindert und ohne Gefahr im Hause ein- und ausgehen können (vgl. RG. 52 18, 53 201). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erheischt aber nicht, daß er so weitgehende Sicherheitsmaßregeln trifft, daß auch während der Nachtzeit das sich bildende Glatteis alsbald überstreut wird. Unter besonderen Umständen kann der Vermieter gehalten sein, die Wege und Zugänge zu seinem Hause schon früher gegen die mit Glatteis verbundene Gefahr zu sichern, als dies hinsichtlich der öffentlichen Wege polizeilich verordnet ist, z. B. wenn sich Betriebe im Anwesen befinden, in denen die Mieter beschäftigt sind, oder wenn diese schon zu früherer Stunde im Anwesen verkehren und durch Glatteis Unfälle vorgekommen sind. Es wird aber immer Voraussetzung sein, daß die Mieter solches dem Vermieter anzeigen und die außergewöhnlichen Sicherungsmaßregeln verlangen. Geschieht das nicht, so ist der Vermieter zu der Annahme berechtigt, daß die zu früher Morgenstunde in dem Hause verkehrenden Mieter selbst Sicherungsvorkehrungen treffen oder die bei Glatteis erforderliche Vorsicht anwenden und von ihm selbst Vorbeugungsmaßregeln nicht verlangen. **b)** PosMSchr. **10** 5 (Posen). Es ist Sache des Hauseigentümers, durch ein der Steigung der Treppe angepaßtes, durchgehendes und in üblicher Höhe verlaufendes linksseitiges Geländer für die Sicherheit der dem Gemeingebrauche der Mieter und der sonstigen Passanten vorbehaltenen Treppe Sorge zu tragen, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß er selbst nicht zu den Mitbewohnern des Hauses zählt.

3. OLG. **20** 127 (Hamburg). Der Vermieter hat allerdings die Mieträume in benutzbarem Zustande zu erhalten, nicht aber steht ihm zu und noch weniger liegt ihm ob, die Räume und deren Anlagen daraufhin periodisch zu untersuchen, ob der Mieter sie in benutzbarem Zustand erhält und nicht verschmutzen läßt. Dafür zu sorgen, ist allein Sache des Mieters, der seinerseits, wenn er es an der gehörigen Sorgfalt fehlen läßt, dem Vermieter verantwortlich ist und auch nicht verlangen kann, in dieser Beziehung Belehrung vom Vermieter zu erhalten.

4. OLG. **20** 101 (KG.). Ist im Mietvertrage dem Vermieter die „Gewährleistung" wegen der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen und später auftretenden Mängel erlassen, so kann hierunter, entsprechend dem gewählten Ausdrucke „Gewährleistung", nur die Haftung des Vermieters auf Schadensersatz und das Recht des Mieters auf Mietzinsminderung verstanden werden, welche sich lediglich auf das Vorhandensein des Mangels an sich gründen. Nicht aber einbegriffen ist dadurch die Verpflichtung des Vermieters aus § 536, die Mietsache während der Mietzeit in vertragsmäßigem Zustande zu erhalten. Die Verletzung dieser Pflicht hat nach allgemeinen Grundsätzen und besonderer Regelung im § 538 die Verpflichtung des des Vermieters zum Schadensersatze zur Folge.

§ 537. Fehler der Mietsache (JDR. **6** Ziff. 2, **7** Ziff. 1). OLG. **20** 188, SeuffA. **65** 268 (Hamburg). Ein Fehler der Mieträume im Sinne des § 537 braucht nicht notwendig in einer körperlichen Beschaffenheit des Hauses oder von Teilen des Hauses zu bestehen. Er kann z. B. unter Umständen auch in der Art der Benutzung des Hauses liegen und auch darin gefunden werden, daß durch eine Vorkehrung auf dem Boden der öffentlichen Straße vor dem Hause der Zugang zum Hause vollständig versperrt ist. Dagegen kann ein Fehler im Sinne des § 537 nicht darin erblickt werden, daß die öffentliche Straße vor dem Hause sich vorübergehend in einem Zustande befindet, der den Zugang zu dem Hause erschwert.

§ 538. 1. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse 17 ff. Die Haftung geht nur auf den durch Ausbleiben der Leistung entstandenen Schaden. Eine weitergehende Haftung kann sich nur aus Verschulden des Vermieters ergeben.

2. OLG. **20** 102 (Dresden). Mag man in dem Vorliegen des polizeilichen Verbots, die als Geschäftslokal vermieteten Kellereien zu benutzen, einen Fehler der

Mietsache oder in der Vermietung als Geschäftsraum die Zusicherung einer Eigenschaft erblicken, jedenfalls haftet der Vermieter nach § 538 Abs. 1 wegen des schon bei dem Vertragsabschlusse vorhandenen Mangels (vgl. **RG. 52** 172) für Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sofern der Mieter durch die behördliche Verfügung an der Benutzung gehindert wird. Eine solche Hinderung liegt aber nicht nur dann vor, wenn die Benutzungsmöglichkeit dauernd versagt bleibt, sondern auch dann, wenn der Mieter infolge des Verbots überhaupt zur Räumung genötigt wird. Vgl. auch JDR. **6** Ziff. 3 u. **7** Ziff. 1 b zu § 537.

3. **RG.** SächsRpflA. **10** 235, BayRpflZ. **10** 334. Wird der Besucher einer öffentlichen Vergnügungsanlage durch Mängel eines Gebäudeteils — Herabfallen eines Stuckstreifens von der Saaldecke — beschädigt, ohne daß ein Verschulden des Besitzers vorliegt, so kann eine Haftung des Besitzers auch nicht auf § 538 BGB. gegründet werden, denn der Aufenthalt in der Anlage dient nur als Mittel zum Zwecke und unterscheidet sich gerade dadurch vom Grundstücksmietvertrag, der sich in dem Rechte des Gebrauchs und der Benutzung der Sache selbst, so wie sie ist, erschöpft.

4. Abs. 2. SächsRpflA. **10** 122 (Dresden). Das Recht des Mieters, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, ist ein der Selbsthilfe gleichstehendes Recht, das auf der Gewährleistungspflicht des im Verzuge befindlichen Vermieters beruht. Wenn der Mieter auch damit tatsächlich Geschäfte des Vermieters führt, so sind bei der Beurteilung doch nicht ohne weiteres die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend anzuwenden. Inhalt und Umfang des Rechtes des Mieters, selbst die Mängel zu beseitigen, ist lediglich aus der dem Vermieter obliegenden Pflicht zur Beseitigung der Mängel zu entnehmen, selbst wenn diese Beseitigung dem Willen und dem Interesse des Vermieters entgegenstehen sollte. Nur einen weiteren Umfang darf der Mieter seinen zur Beseitigung des Mangels dienenden Arbeiten nicht geben, als der Vermieter selbst nach dem Mietvertrag ihnen zu geben verpflichtet gewesen wäre. Bei Ausführung der Mängelbeseitigung hat jedoch der Mieter dem Vermieter gegenüber nur Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276) zu vertreten. Hat er daher bei Verzug des Vermieters die Beseitigung der Mängel nach bestem Ermessen und der ihm im Verkehr anzusinnenden Sorgfalt (§ 157) ausgeführt, so kann der Vermieter nicht damit gehört werden, daß er sie in anderer Art oder in anderem Umfang ausgeführt haben würde, oder daß sie in diesem Umfang überhaupt objektiv nicht notwendig gewesen wären. Nur wenn der Mieter dies hätte erkennen müssen, liegt bei ihm eine Überschreitung des im § 538 Abs. 2 gewährten Rechtes vor.

§ 539. SächsRpflA. **10** 340 (Dresden). In der bloßen Nichtkündigung des Mietvertrags durch den Mieter nach Erlangung der Kenntnis eines Mangels der Mietwohnung ist keine Genehmigung des Mangels im Sinne von § 539 BGB. zu finden (aM. Staudinger § 539 Anm. I 4). Wird ein zunächst auf bestimmte Zeit abgeschlossener Mietvertrag nach Ablauf stillschweigend durch Unterlassung der Kündigung fortgesetzt, dann liegt in der stillschweigenden Erneuerung des Vertrags ein Abschluß im Sinne des § 539, so daß eine hierbei vorhandene Kenntnis eines Mangels eine Genehmigung enthält.

§ 542. 1. Breit, SächsRpflA. **10** 297 ff. Zieht der Vermieter eine allgemein erteilte Erlaubnis zur Untermietung plötzlich ohne Grund zurück, so wird schon durch das Verbot allein dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache vom Vermieter unmöglich gemacht, und er kann deshalb ohne Einhaltung einer Frist kündigen sowie außerdem Schadensersatz gemäß § 276 BGB. vom Vermieter verlangen.

2. **RG.** 21. 9. 09, GruchotsBeitr. **54** 151. Das dem Mieter wegen Nichtgewährung des Gebrauchs der gemieteten Sache eingeräumte Kündigungsrecht wird durch

die Kenntnis des Mieters von dem diese Nichtgewährung begründenden Umstande dann nicht ausgeschlossen, wenn der Vermieter sich zur Beseitigung des Mangels verpflichtet hat.

3. a) R. **10** Nr. 3909 (Colmar). Das Recht des Mieters, wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Sache das Mietverhältnis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen, ist nicht daran gebunden, daß er die Wohnung bereits bezogen hat. **b)** OLG. Hamburg, JDR. 8 Ziff. 3 b jetzt auch OLG. **20** 105 ff.

4. BayRpflZ. **10** 317 (Bamberg). Das vereinzelte Auftreten von Schwaben in einer Mietwohnung berechtigt den Mieter nicht zur außerordentlichen Kündigung.

5. KGBl. **10** 101 (KG.) behandelt die vorzeitige Kündigung des Mietverhältnisses infolge nicht ausreichender Erwärmung der Wohnräume durch die Zentralheizung.

§ 545. OLG. **20** 106 (KG.). Der Umstand, daß dem Vermieter nach dem Mietvertrage das Recht zusteht, die Mieträume sowohl behufs anderweitiger Vermietung, als auch zu baulichen oder anderen Zwecken zu besichtigen, schließt die Anzeigepflicht des Mieters nicht aus. Vgl. **RG. 59** 162, JDR. **4** a.

§ 546. RG. JW. **10** 105. Haben die Parteien in dem Mietvertrage vereinbart, daß der Vermieter „sämtliche Lasten aller Art für das vermietete Gebäude und Grundstück" zu tragen hat, so fällt unter diese Lasten auch die sogenannte Inhaber-Kanalisationsgebühr.

§ 548. 1. a) *Loewe, Mietrecht 117. Der Mieter hat für vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache durch seine Erfüllungsgehilfen (Gesinde, Angehörige, Hausgenossen, nicht Gäste) insoweit einzustehen, als sie in Ausübung der Mieterpflichten — nicht bloß bei deren Gelegenheit — Schaden stifteten. **b)** HansGZ. **10** Hauptbl. 45 (Hamburg). Der Mieter ist verpflichtet, bei dem Gebrauche der gemieteten Sache sorgfältig zu verfahren. Bedient er sich bei Ausübung seines Gebrauchsrechts eines Gehilfen, so bedient er sich dieses Gehilfen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Alsdann hat er ein Verschulden des Gehilfen nach § 278 BGB. zu vertreten.

2. OLG. **21** 205 (Stettin). Es muß trotz § 548 als Teil der nach § 242 aus einem Mietverhältnis abzuleitenden Pflichten des Mieters einer Badeortswohnung angesehen werden — mögen diese bisweilen auch erst seinen Nachlaß treffen —, daß er unter Umständen für die ortsübliche Wiederinstandsetzung der Wohnung und des in der Wohnung von ihm in einer außergewöhnlichen Weise, wenn auch ohne eigentliches „Verschulden" benutzten Hausgeräts aufkommt. Das Gericht folgt hierbei, trotz gegenteiliger Ansichten (Mittelstein, Mietrecht 222, 281), im wesentlichen den Ausführungen Liebmanns, DJZ. **03** 25 (JDR. 2), nur daß dabei die der Wirklichkeit widersprechende Annahme eines „stillschweigenden Vertrags" durch die gesetzlich gebotene Rechtsfindung nach „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" zu ersetzen ist. Bei ansteckender Krankheit oder im Todesfalle wird der Vermieter dasjenige als Ersatz fordern dürfen, was er nach Ortsüblichkeit, besonders mit Rücksicht auf die Empfindung anderer Mietlustiger mehr aufzuwenden hat, als unter gewöhnlichen Verhältnissen. Zu den danach ersatzfähigen Aufwendungen wird man nicht nur die polizeilich oder gesundheitlich von sachkundiger Seite als ausreichend angesehene Reinigung und Durchlüftung des Raumes und der in ihm befindlichen Gegenstände rechnen müssen, sondern darüber hinaus alles das, was zur Beruhigung weniger sachkundiger und in den wahren Sachverhalt nicht völlig eingeweihter Mieter und zur Verwischung des Eindrucks einer solchen Vorbenutzung der Wohnung dienen kann. Vgl. auch OLG. Frankfurt, JDR. **5**.

§ 549. 1. Breit, SächsRpflA. **10** 299. Enthält ein Mietvertrag Vertragsbestimmungen wie „die Untermiete ist verboten", „dieser Vertrag darf an niemand abgetreten werden" oder ähnliche, so gilt § 549 Abs. 1 Satz 2 nicht (vgl. JDR. **5** Ziff. 3). Dagegen ergibt sich das Kündigungsrecht des Mieters ohne weiteres als

gesetzliche Folge, wenn der Vertrag Bestimmungen enthält wie, „eine gänzliche oder teilweise Weitervermietung ist nur mit Genehmigung des Vermieters gestattet", „Untermiete ist nur bei schriftlicher, für jeden Einzelfall erforderlicher Einwilligung des Vermieters zugelassen".

2. Breit, SächsRpflA. **10** 297 ff. Hat sich in dem Mietvertrage der Mieter verpflichtet, ohne Zustimmung des Vermieters die vermieteten Lokalitäten weder ganz noch teilweise unterzuvermieten, noch auch den Mietvertrag zu zedieren, so steht dem Mieter bei Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung die Kündigungsbefugnis zu, als rechtliche Folge davon, daß die Untervermietung im Gesetzessinne, wenn auch nicht mit den Worten des Gesetzes, geregelt ist (im Resultat ebenso, jedoch mit anderer Begründung **RG. 64** 296 ff., JDR. **6** Ziff. II).

3. **RG.** 16. 9. 10, **74** 176 ff., JW. **10** 938. Das Gesetz sagt zwar nicht, daß der Vermieter die Gründe für die Verweigerung der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten angeben müsse, und es ist deshalb eine solche Angabe nicht etwa als notwendiges formelles Erfordernis der Wirksamkeit der Erlaubnisverweigerung anzusehen; aber nach dem Inhalte der gesetzlichen Bestimmung ist grundsätzlich davon auszugehen, daß der Vermieter die Gründe der Verweigerung — jedenfalls auf Befragen des Mieters — anzugeben hat, damit dieser in die Lage versetzt wird, die Rechtmäßigkeit der Verweigerung zu prüfen und, wenn er die Berechtigung anerkennt, auf eine etwa mögliche Beseitigung der die Verweigerung begründenden Tatsachen hinzuwirken oder sich nach anderen Untermietern umzusehen. Der Mieter darf sodann die vom Vermieter bei der Verweigerung angegebenen Gründe für seine Entschließung als maßgebend ansehen; einen bei der Verweigerung der Erlaubnis nicht angegebenen Grund darf der Vermieter nach erfolgter Kündigung seitens des Mieters nur geltend machen, wenn er bei der Verweigerung der Erlaubnis den Grund nicht gekannt hat und die Unkenntnis entschuldbar ist (178).

4. Teilweise Weitervermietung. **RG.** 16. 9. 10, **74** 179 ff., JW. **10** 938. Die Annahme, daß der Vermieter einen Untermieter nur für die ganze vermietete Sache, nicht für einen Teil derselben zuzulassen brauche, ist nicht gerechtfertigt; sie findet weder in dem Wortlaute des Gesetzes eine Stütze, noch ist sie nach dessen Sinn und Zweck zutreffend. Der Mieter soll, soweit nicht das Interesse des Vermieters entgegensteht, vor Vermögensnachteilen möglichst bewahrt werden; es muß ihm daher gestattet sein, einen Teil der gemieteten Räume weiterzuvermieten, wenn nicht aus dem Mietvertrag ein anderer Wille der Vertragsparteien zu entnehmen ist. Der Vermieter hat kein berechtigtes Interesse, der Weitervermietung eines Teiles zu widersprechen, weil ihm der ursprüngliche Mieter für den Eingang des vollen Mietzinses haftet (180). Vgl. auch **RG.** 8. 10. 09, HessRspr. **11** 26.

5. **RG.** 2. 12. 09, R. **10** Nr. 45. Es ist zu unterscheiden zwischen der widerspruchslosen Duldung einer vertragswidrigen Verwendung der Mietsache und der rechtsgeschäftlichen Erteilung einer Erlaubnis zu einer solchen Verwendung.

§ 550. 1. v. Blume, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (Festgabe für Güterbock) 399. Eine Vergleichung des § 553 mit § 550, der dem Vermieter die Unterlassungsklage zuspricht, ergibt deutlich den gemeinsamen Unterbau der Unterlassungsklage und des Rechtes zur Vertragsauflösung. Ist ein auf Unterlassung gerichtetes Forderungsrecht verletzt und setzt der Schuldner ungeachtet einer Abmahnung das vertragswidrige Verhalten fort, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen. Ist das vertragswidrige Verhalten derart, daß es die Rechte des Gläubigers erheblich verletzt, so kann dieser seine Verpflichtungen aus diesem Vertrage lösen. — So etwa würde sich der vorbeugende Rechtsschutz durch Rechtshilfe und durch Selbsthilfe in einer Bestimmung zusammenfassen lassen. Vgl. *Eltzbacher, JDR. 5.

2. Mittelstein, R. **10** 270. Mißbraucht einer von mehreren Mitmietern die Mietsache, so erlangt der Vermieter die Befugnis, gemäß § 550 oder § 553 gegen alle Mieter vorzugehen.

3. Vertragswidriger Gebrauch der gemieteten Sache. KGBl. **10** 19 (LG. I Berlin). Ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache oder ein Verstoß gegen die Hausordnung liegt nicht vor, wenn das Dienstmädchen des Mieters bei geöffnetem Küchenfenster anhaltend laut und grell pfeift und in ruhestörender Weise Fleisch klopft.

4. Schadensersatz neben § 550. R. **10** Nr. 1240 (Colmar). Außer der durch § 550 BGB. gewährten Klage auf Unterlassung der vertragswidrigen Benutzung der Mietsache steht dem Vermieter auch schon während der Dauer der Miete ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Mieter zu. Während aber zur Rechtfertigung jener Unterlassungsklage der objektiv vertragswidrige Gebrauch der Mietsache genügt, ohne daß es auf ein Verschulden des Mieters ankommt, ist für die Schadensersatzklage erforderlich, daß zum mindesten dessen Fahrlässigkeit Ursache des Schadens ist und weiter, daß, wenn der Schadensersatz während der Dauer der Mietzeit eingeklagt wird, ein rechtliches Interesse des Vermieters an der sofortigen Geltendmachung und insbesondere dargetan wird, daß bei Rückgabe der Mietsache nach Beendigung der Mietzeit der Schaden nicht werde beseitigt werden können.

§ 553. Vgl. o. zu § 550 und Stahl o. zu § 321 Ziff. 1.

§§ 553, 554. 1. Hoeniger, Die gemischten Verträge 144 ff., weist an einer Reihe praktischer Fälle die Unrichtigkeit der Auffassung nach, daß ein Vertrag, in dem sich haupt- und nebensächliche Leistungen verbinden, nur aus Gründen aufgelöst werden könne, die für die hauptsächliche Leistung als Endigungsgründe aufgestellt sind. Er zeigt, daß gerade umgekehrt nicht einmal leicht ein Fall ersichtlich sei, in dem ein Aufhebungsgrund einzig und allein deswegen nicht zur Wirksamkeit gelangt, weil die Leistung, für die er angeordnet ist, in dem Kombinationsvertrage nur untergeordnete Bedeutung hat.

2. Schadensersatz neben den §§ 553, 554 (JDR. **2** u. **7** zu § 553, **7** § 554 Ziff. 2). OLG. **21** 200 (Rostock). Das **RG.** (**64** 383) hat allerdings in einem Falle, wo das Mietverhältnis infolge Verschuldens des Vermieters aufgehoben wurde, einen Schadensersatzanspruch des Mieters anerkannt. Ein solcher Schadensersatz kann jedoch nur insoweit beansprucht werden, als der Schaden mit dem vertragswidrigen Verhalten des anderen Teiles zusammenhängt. Der Vermieter aber, der den Vertrag seinerseits aufhebt, will die Fortsetzung der Miete selbst nicht. Das Leerstehen der Wohnung und die etwa ungünstigere Beschaffenheit eines neuen Mietvertrags sind daher Folgen seiner eigenen freien Entschließung und nicht die des vertragswidrigen Verhaltens des Mieters.

§ 556. *Loewe, Mietrecht 150. Beim Wegzuge muß der Mieter Namen-, Firmen- und Reklameschilder wegnehmen; er darf jedoch, solange der Platz nicht für einen anderen Mieter gebraucht wird, für eine angemessene Zeit ein Schild oder dgl. mit seiner neuen Adresse anbringen (vgl. o. § 535 Ziff. II 4).

§ 557. **RG.** 23. 9. 10, JW. **10** 939. Nach dem klaren Wortlaut und nach der Entstehungsgeschichte des § 557 ist der dort geregelte Anspruch nur gegeben, wenn der Mieter dem Vermieter den Besitz der Mietsache nach Ablauf der Mietzeit vorenthält, wenn er im Besitze der Sache verbleibt. Verursacht der Mieter in anderer Weise, insbesondere durch Veränderung oder Beschädigung der Mieträume, daß der Vermieter diese nach Ablauf der Mietzeit nicht anderweit benutzen kann, so steht dem Vermieter nur der Anspruch auf Ersatz des ihm tatsächlich erwachsenen Schadens zu.

§ 559. I. 1. *Loewe, Mietrecht 78, 126. Die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrage, vor allem das Recht auf den Gebrauch der Mietsache, sind höchstpersön-

liche Rechte und regelmäßig unübertragbar und unpfändbar. Zwar kann der Mieter die Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten gestatten, sofern ihm der Vermieter dies erlaubt hat, aber niemals kann die Ausübung des Mietgebrauchs durch die Gläubiger des Mieters gepfändet werden. Ebenso LG. I Berlin, JDR. 8 Ziff. 3 zu § 549.

2. Das Vermieterpfandrecht resultiert aus dem Miet v e r t r a g e, seine Entstehung gehört mit zum I n h a l t e der den Mietvertrag bildenden Parteierklärungen. Darum kann der Mieter, der sich bei Vertragsschluß einbildet, der Vermieter erwerbe nach BGB. k e i n Pfandrecht, den Mietvertrag wegen Irrtums anfechten. So *T i t z e, Mißverständnis 465 Anm. 21 gegen M a n i g k, Willenserklärung 227.

3. Über „Einbringen“ vgl. K l e i n, ÖstZBl. 28 716.

II. A u s d e r P r a x i s. 1. K ü n f t i g e E n t s c h ä d i g u n g s f o r d e r u n g (JDR. 2 u. 8 Ziff. II 1). OLG. **21** 202 (KG.). Wenn nach dem Mietvertrage bei Nichtzahlung der Vermieter die sofortige Räumung verlangen darf und der Mieter in diesem Falle für den Ausfall der Miete haftet, den der Vermieter bis zum Ablaufe der Vertragsdauer durch das Leerstehen oder den Mindererertrag der Wohnung erleidet, so handelt es sich bei dem hierdurch begründeten Anspruche des Vermieters doch nicht um eine künftige Entschädigungsforderung, wegen deren nach § 559 das Vermieterpfandrecht nicht geltend gemacht werden könnte. Der Sinn der Bestimmung kann nicht dahin aufgefaßt werden, daß der Vermieter, wenn er wegen Vertragsverletzung des Mieters die Räumung verlangt, sich mit der vollständigen Aufhebung des Vertrags einverstanden erklärt und deshalb nicht mehr die Rechte aus dem Vertrage, sondern nur noch Entschädigungsansprüche habe, vielmehr ist damit nur gemeint, daß infolge der Vertragsverletzung des Mieters die Pflicht des Vermieters zur weiteren Vorhaltung der Mieträume wegfallen, der Vermieter aber seinen Anspruch auf Gegenleistung behalten und nur verpflichtet sein solle, sich das durch anderweite Vermietung Empfangene anzurechnen.

2. OLG. **20** 110 (Hamburg). § 559 enthält nur eine Bestimmung über die Beschränkung der Geltendmachung des Pfandrechts auf das laufende und das nächstfolgende Mietjahr, nicht aber über die Dauer dieses Pfandrechts überhaupt, und es ist deshalb auch bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrage die Dauer des Pfandrechts an sich unbeschränkt und nur seine Geltendmachung für den Umfang der Befriedigung des Vermieters aus den Illaten wegen der ihm aus dem Mietverhältnisse zustehenden Ansprüche entscheidend.

3. OLG. **21** 201 (Hamburg). Haben mehrere gemeinschaftlich einen Mietvertrag als Mieter abgeschlossen, so haften die von allen eingebrachten Sachen für die ganze Mietschuld, die jeder von ihnen als Gesamtschuldner schuldete. Die Entlassung eines Mieters aus dem Mietverhältnis ändert nichts an der Haftung der Sachen für die Schuld des anderen als Gesamtschuldners und bleibt bestehen, wenn eine neue Mietrate fällig wird.

4. KGBl. **10** 38 (KG.). Die durch Einbringung dem Vermieterpfandrecht unterworfenen Sachen können diesem nicht dadurch entzogen werden, daß sie später auf eine vom Mieter gegründete Gesellschaft übergehen.

5. KGBl. **10** 64 (LG. I Berlin). Das an den von dem Mieter eingebrachten Sachen entstandene gesetzliche Pfandrecht erlischt nicht dadurch, daß das Eigentum des Mieters an den eingebrachten Sachen infolge einer mit seinem Rechtsvorgänger verabredeten Resolutivbedingung aufgehört hat.

§ 560. 1. OLG. **20** 189 (KG.). Bei Anwendung des § 560 Satz 2 ist der Zeitpunkt der Entfernung der Illaten zu berücksichtigen; denn es handelt sich dabei lediglich darum, ob der Widerspruch des Vermieters das Erlöschen seines Pfandrechts durch Wegschaffung wirksam verhindern kann. Sind dagegen die Sachen weggeschafft worden, ohne daß das Pfandrecht gemäß § 560 erloschen ist, so hat eine spätere Ver-

minderung der Forderungen des Vermieters nicht zur Folge, daß dieser den jetzt zu seiner Deckung nicht mehr erforderlichen Teil der Sachen freigeben muß.

2. OLG. **20** 111 (Braunschweig). Soweit das Gesetz dem Vermieter das Recht versagt, zur Erhaltung seines Pfandrechts der Entfernung der Sachen durch den Mieter zu widersprechen, soweit kann der Vermieter auch sein Vorbefriedigungsrecht aus § 805 ZPO. gegen den Pfändungsgläubiger nicht geltend machen. Ihm ist insbesondere unter entsprechender Anwendung des Schlußsatzes des § 560 das Vorbefriedigungsrecht dann zu versagen, wenn die Sachen, die bei Entfernung der gepfändeten Sachen in den Mieträumen zurückgeblieben sind, zu seiner Befriedigung offenbar ausreichen.

3. Offenbar ausreichen (IDR. **8** Ziff. 4). BreslauAK. **10** 47 (Breslau). Indem das Gesetz verlangt, daß die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters „offenbar" ausreichen, bringt es damit deutlich zum Ausdrucke, daß der Vermieter nicht genötigt sein soll, sich auf zeitraubende Nachweise einzulassen, vielmehr die Verhältnisse in dieser Beziehung ohne weiteres auch für jeden Nichtsachverständigen klar liegen müssen, d. h. es muß sich bei der Wegschaffung der übrigen Sachen ohne jede Schwierigkeit feststellen lassen, daß die Forderungen des Vermieters durch die zurückbleibenden Sachen reichlich gedeckt sind.

4. HansGZ. **10** Beibl. 217 (Hamburg). Der § 560 spricht ausdrücklich nur davon, daß der Entfernung der Illaten nicht widersprochen werden könne, wenn sie im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Mieters erfolgt. Dasselbe muß gelten für die unmittelbar sich anschließende weitere Ausnahme, daß die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht. Die Benutzung im regelmäßigen Geschäftsbetrieb eines anderen, dem der Mieter die Benutzung erst dadurch ermöglicht hat, daß er sein Eigentum an den Sachen aufgab, kann dem als gleichstehend nicht erachtet werden.

5. **RG.** 21. 9. 09, IDR. 8 Ziff. 2 a jetzt auch **RG. 71** 468 u. SeuffA. **65** 31.

§ 561. 1. Mittelstein, R. **10** 271. Die Frist von einem Monate, mit deren Ablauf nach § 561 Abs. 2 Satz 2 das Pfandrecht erlischt, kann durch Parteivereinbarung nicht verlängert werden.

2. Gerichtliche Geltendmachung im Sinne des Abs. 2 Satz 2 (IDR. **1**, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2 a, **8** Ziff. 3). FrankfRundsch. **44** 64 (Frankfurt). Dem § 561 Abs. 2 Satz 2, wonach der Vermieter zur Erhaltung seines Pfandrechts an den weggeschafften Sachen den Anspruch auf Überlassung des Besitzes gerichtlich geltend machen muß, wird durch Vornahme einer Pfändung in die Sachen nicht genügt.

3. OLG. **21** 203 (Hamburg). Es ist allgemein anerkannt, daß die Frist des § 561 Abs. 2 gegenüber einer Fortschaffung durch den Gerichtsvollzieher nicht läuft. Nicht anders verhält es sich aber, wenn und soweit der Konkursverwalter auf Grund des § 127 KO. die Sachen fortschafft.

4. KG., IDR. **8** Ziff. 3 jetzt auch OLG. **20** 189.

§ 564. 1. *Loewe, Mietrecht 57. Steht die Endigung des Mietverhältnisses infolge Zeitablaufs oder Kündigung bevor, so muß zwar von der Kündigungsfrist an die Besichtigung der Mietsache durch Mietlustige gestattet werden; dies bedeutet aber nicht, daß Menschen in unbeschränkter Zahl und jedem Unbekannten der Eintritt zu verstatten ist. Die Besichtigung ist vielmehr auf die legitimierten Mietlustigen selber beschränkt, nicht zugleich einem ganzen Schwarme von Beratern oder Verwandten der Mietsuchenden zu gewähren, auch nicht mehreren nicht zusammengehörenden Mietsuchenden, wenn dem gegenwärtigen Mieter dadurch Aufsicht und Kontrolle über die Besucher erschwert werden, überhaupt nicht mehr als zwei Personen zugleich. Der Vermieter braucht ferner lediglich die Besichtigung zu gestatten, hat es also z. B. nicht nötig, dem Mietsuchenden den Anblick einer tadellos ausge-

statteten Wohnung darzubieten, kann vielmehr die Teppiche zusammenrollen, die Sophas bedecken u. dgl. m.

2. Kündigung (JDR. **5**, **6** Ziff. 2, 8 Ziff. 1). OLG. **21** 204 (Dresden). Wenn ein Vermieter seinem Mieter erklärt, er erhöhe von einem gewissen Zeitpunkt an den bisherigen Mietpreis, so kann dies als ein bloßer Vorschlag im Sinne der Anknüpfung von Verhandlungen über Abänderung des bestehenden Vertragsverhältnisses ohne dessen Aufhebung gemeint sein. Ob das der Fall ist oder ob hierin eine Kündigung zu finden sei, richtet sich nach den jeweiligen Umständen.

3. HansGZ. **10** Beibl. 86 (Hamburg). Hat der Vermieter dem Mieter vor 1900 zugesagt, er könne „solange er wolle" wohnen bleiben, so kann der Mietvertrag nicht von ihm aufgekündigt werden.

4. OLG. Darmstadt, JDR. **8** Ziff. 2 c auch OLG. **20** 112.

§ 565. *Loewe, Mietrecht 77, 116. Obwohl nach Beendigung des Mietverhältnisses Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzungen nicht mehr entstehen können, können solche noch geltend gemacht werden, wenn die den Schadensersatz begründenden Tatsachen vorher eingetreten waren. Von dieser Rechtslage kann auch mit Bezug auf die infolge der Kündigung entstehenden Schäden keine Ausnahme gemacht werden.

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend? Vgl. zunächst JDR. **8** Ziff. 1. — **a**) FrankfRundsch. **44** 67 (Frankfurt). Ein der vorgeschriebenen Schriftform des Satz 1 § 566 entbehrender für mehrere Jahre in Aussicht genommener Mietvertrag ist nicht unbedingt für die im § 566 Satz 2 vorgesehene kürzere Dauer wirksam; die Anwendung der letzteren Vorschrift setzt zwar nicht die Darlegung voraus, daß die Parteien einen Mietvertrag für die in dieser Vorschrift bestimmte kürzere Dauer abgeschlossen haben würden; ihre Anwendbarkeit entfällt aber, wenn feststeht, daß sie einen solchen Mietvertrag nicht abgeschlossen haben würden. AM. OLG. Dresden, SeuffA. **65** 346, SächsRpflA. **10** 305. **b**) OLG. Posen, JDR. **8** Ziff. **1 b** auch OLG. **20** 113.

2. Mündliche Nebenabreden (JDR. **1** u. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4 **a**). **a**) OLG. **20** 113 ff. (Braunschweig). Mündliche Nebenabreden zu einem der Schriftform nach § 566 bedürfenden Mietvertrage können wirksam sein. Weicht die schriftliche Fassung des Vertrags von den vor oder bei der Niederschrift stattgehabten Erörterungen der Parteien ab, so ist im Zweifel die Annahme geboten, daß die schriftliche Fassung dasjenige enthält, worüber die Parteien schließlich einig geworden sind. Folglich ist die bloße Behauptung, daß die schriftliche Fassung von den mündlichen Erörterungen abweiche, ohne Bedeutung. Ist jedoch bei Unterzeichnung eines formularmäßigen Mietvertrags ausdrücklich vereinbart, daß statt dieser oder jener Bestimmung des Formulars die mündlich erörterte Bestimmung gelten solle, oder geht eine solche Abmachung aus den Umständen hervor, so gilt die mündliche Abrede statt der schriftlichen Fassung (vgl. Dernburg § 216, Biermann, Bürg. R. § 64, Wendt, AcivPr. **100** 273, Brückner, R. **04** 344, **RG. 52** 25, **65** 49). **b**) SächsRpflA. **10** 305 ff. (Dresden). Der schriftliche Vertrag muß alle wesentlichen Punkte der Miete regeln. Ist dies in der einen oder anderen Richtung ergänzend oder abändernd mündlich geschehen — indem z. B. später eine andere Mietzeit und ein anderer Preis vereinbart wurde —, so liegt nicht ein schriftlicher Mietvertrag im Sinne des Gesetzes vor, er gilt deshalb einschließlich der mündlichen Abrede als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Ebenso wie im § 566 der mündliche Mietvertrag nicht für nichtig erklärt, sondern nur in seiner Zeitdauer beschränkt wird, kann auch die mündliche Abrede neben einem schriftlichem Mietvertrage nicht für nichtig angesehen, sondern muß für rechtswirksam erachtet werden. Die Verletzung der Formvorschrift hat eben bloß eine Änderung der Zeitdauer zur Folge, es wird an Stelle des tatsächlichen ein fingiertes Abkommen gesetzt, im übrigen bleibt der

Vertrag bestehen. Vgl. Niendorff, Miete (7) 53 ff., Mittelstein, Miete (2) 104 ff. u. OLG. **15** 1.

3. Abrede, den mündlichen Vertrag schriftlich abzufassen (JDR. **7** Ziff. 4, **8** Ziff. 3). a) OLG. **20** 115, HansGZ. **10** Beibl. 58 (Hamburg) [z. T. schon JDR. **8** Ziff. 3]. Wenn § 566 für einen Vertrag, der sich über ein Jahr hinaus erstreckt, Schriftlichkeit verlangt, so spricht er damit aus, daß aus einem mündlichen Mietvertrage dieser Art Verpflichtungen, die über die Dauer eines Jahres hinausgehen, weder für den Vermieter noch für den Mieter bestehen. Würde man aber aus einer Verabredung, den Mietvertrag schriftlich abzuschließen, eine Verpflichtung zum schriftlichen Abschlusse herleiten, dann würden damit mittelbar Mietverpflichtungen über die Dauer eines Jahres festgestellt. Wenn ein Mietvertrag für längere Dauer vereinbart ist und die Parteien schriftliche Abfassung beschließen, dann bezweckt letztere Nebenabrede, dem § 566 zu genügen; die Kontrahenten wollen von der Beurkundung des Vertrags dessen endgültigen Abschluß abhängen lassen. Die Beurkundung des zwischen den Parteien mündlich geschlossenen Mietvertrags diente demnach nicht Beweissicherungszwecken, sondern von ihr hing die Gültigkeit des ganzen Vertrags ab, wenigstens soweit er sich über die Dauer eines Jahres hinaus erstreckte. In solchem Falle kann aber aus dem mündlichen Vorvertrage nicht auf Vollziehung der Urkunde geklagt werden (JW. **08** 446, JDR. **7** Ziff. 4). AM. Mittelstein, Miete § 22; dagegen Niendorff § 12. b) SchlHolstAnz. **10** 311 (Kiel). Die Verabredung der Beurkundung eines Mietvertrags unterliegt nur dann der Auslegung des § 154 Abs. 2 BGB., wenn sie vor Vertragsabschluß erfolgt ist. Vgl. auch Helmer, DJZ. **04** 1034, JDR. **3** Ziff. 3.

4. SchlHolstAnz. **10** 311 (Kiel). Das Erfordernis der beiderseitigen Beurkundung des Mietvertrags wird durch die allgemein übliche Auswechselung des ausgefüllten und jedesmal nur von der einen Partei gemäß § 126 Abs. 2 BGB. unterzeichneten Vertragsformulars erfüllt.

§ 567. RG. 26. 5. 10, **73** 341 ff., JW. **10** 651. § 567 verbietet nicht eine Vereinbarung dahin, daß eine Vertragspartei, wenn sie von dem ihr vorbehaltenen Rechte der Kündigung des Mietvertrags Gebrauch macht, zu einer Entschädigung an die andere Partei verpflichtet sei. Nur eine Umgehung oder Vereitelung der Bestimmung des § 567 würde unzulässig sein. Ein solcher Zweck kann auch in dem Falle angenommen werden, wenn die für zulässig erklärte Kündigung von Bedingungen oder Verpflichtungen abhängig gemacht wird, deren Erfüllung unmöglich ist oder eine übermäßige wirtschaftliche Erschwerung für den Kündigenden enthält, so daß auf diese Weise tatsächlich eine Gebundenheit eintritt, die dem Gesetze widerspricht.

§ 568. *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 376. Maßgebend ist lediglich die reale Tatsache der Gebrauchsfortsetzung innerhalb der Frist von zwei Wochen. Einen gegenteiligen Willen müssen Mieter oder Vermieter unzweideutig erklären. Auf sonstige Begleitumstände ist keine Rücksicht zu nehmen. Gegenüber den Folgen des Fristablaufs ist Anfechtung wegen Irrtums nicht zulässig.

§ 569. 1. Mittelstein, R. **10** 266 ff. § 569 fordert nur, daß der Erbe des Mieters unverzüglich auf den erstmöglichen Termin kündigt (vgl. Mittelstein, Miete 344). Solange aber nicht klargestellt ist, wer Erbe ist, wird der Betreffende nicht mit der Kündigung vorzugehen brauchen. Auf Grund des Mietverhältnisses kann der Vermieter von dem Erben des Mieters nach Treu und Glauben beanspruchen, daß dieser dartut, daß er Erbe ist. Unterläßt oder verzögert der Erbe des Mieters das schuldhaft, so macht er sich dem Vermieter schadensersatzpflichtig.

2. Mittelstein, R. **10** 266 ff. Der Erbe des Mieters kann das Mietverhältnis nicht vor Beginn der Miete zur Aufhebung bringen. AM. KG., KGBl. **09** 115, OLG. **20** 191 — JDR. **8** Ziff. 3 —, Neumann, Handausg. Note 3 γ § 569.

3. *Loewe, Mietrecht 163. Die Befugnis der vorzeitigen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Todes des Mieters ist von der Art des Todes unabhängig und tritt auch bei Selbstmord ein. Dem Tode ist die Todeserklärung infolge von Verschollenheit gleichzuachten.

4. a) Baer, SeuffBl. **10** 352. Die Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses durch den Erben, der von dem gesetzlichen Kündigungsrechte des § 569 keinen Gebrauch gemacht hat, stellt sich, soweit die Mietzeit nach dem Erbfall in Betracht kommt, gleichzeitig als Nachlaßverbindlichkeit und als Eigenverbindlichkeit des Erben dar. **b)** Hiergegen Martin, SeuffBl. **10** 463. Dadurch, daß der Erbe des Mieters von dem gesetzlichen Kündigungsrechte für den ersten Termin keinen Gebrauch macht, wird die Verpflichtung zur Bezahlung des Mietzinses, soweit die Mietzeit nach dem Erbfall in Betracht kommt, keine Eigenverbindlichkeit des Erben. Indem der Erbe die Kündigung unterläßt, macht er nur von einem ihm als Erben zustehenden Rechte keinen Gebrauch, aber nicht kann darin eine stillschweigende, eine Verpflichtung erst begründende Vereinbarung über die Fortsetzung des Mietverhältnisses gefunden werden.

5. Kündigung durch Testamentsvollstrecker (JDR. **7** u. **8** Ziff. 1). **RG.** 21. 6. 10, **74** 35 ff., JW. **10** 820, SeuffA. **66** 187. Die Kündigungsbefugnis der Erben des Mieters ist nicht ein den Erben als solchen zustehendes neues Recht, sondern nur ein durch den Vertrag des Erblassers bereits geschaffenes Recht. Das Kündigungsrecht steht daher im Konkurs über den Nachlaß dem Konkursverwalter und ebenso einem etwaigen Testamentsvollstrecker unter Ausschluß der Erben zu.

6. Erster zulässiger Kündigungstermin (JDR. **3** zu §§ 569, 571, **7** Ziff. 3). **a) RG. 74** 35 ff. Unter dem ersten Termine, für den die Kündigung zulässig ist, kann nur ein solcher verstanden werden, für den die Kündigung dem, der sie vornimmt, bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt möglich ist, denn der § 569 muß in einer Weise ausgelegt werden, die seine praktische Durchführbarkeit ermöglicht. **b)** OLG. **20** 191 (KG.). Unter „dem ersten Termine, für den die Kündigung zulässig ist", muß derjenige verstanden werden, an welchem bei einer dem § 565 entsprechenden, in den ersten drei Tagen des dem Sterbequartal folgenden Quartals vorgenommenen Kündigung die gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigungsfrist abgelaufen sein würde.

§ 570. 1. **a)** Neuhaus, DJZ. **10** 363. Ein Beamter, der am 1. Januar seine Versetzungsanordnung zum 1. April erhält, kann seine Wohnung spätestens am 3. Werktage des Monats April zum 1. Juli kündigen, da der Fall der Versetzung erst im Zeitpunkte der in Kraft getretenen Versetzung vorliegt; das Gesetz könnte sonst nicht von dem bisherigen Wohnorte sprechen. Ebenso Keyßner, R. **03** 225; OLG. **11** 315 (Stettin). **b)** Hiergegen Eckstein, SeuffBl. **10** 607. Für die vorzeitige Kündigung der Beamten ist die Versetzungs-Anordnung, nicht der Zeitpunkt, zu dem die Versetzung in Kraft tritt, maßgebend. Ein Beamter, der am 1. Januar seine Versetzungs-Anordnung zum 1. Mai erhält, kann zum 1. April kündigen. Ebenso die herrschende Meinung.

2. Über die **clausula rebus sic stantibus** vgl. Stahl, o. § 321 Ziff. 1.

§ 571. 1. *Loewe, Mietrecht 178. Die selbstschuldnerische Haftung des Vermieters dafür, daß der Erwerber die Vermieterpflichten erfüllt, erlischt nicht schon an dem Tage, an welchem der Mieter hätte kündigen müssen, sondern erst mit dem Termin, auf den er hätte kündigen können. Anders Niendorf, Mietrecht (7) 250.

2. Über die im Abs. 2 Satz 2 geforderte Kenntnis vgl. *Titze, Mißverständnis 283 f.

3. OLG. **20** 118, ElsLothrJZ. **10** 197 (Colmar). Der § 571, dessen theoretisch-konstruktive Grundlage allerdings bestritten ist, weist auf den deutschrechtlichen Gedanken hin, daß gewisse Rechte und Pflichten mit dem Grundstückseigentume verbunden sein können; der Erwerber tritt demnach in diejenigen Rechte und Pflichten, und nur in solche ein, die dem bisherigen Eigentümer zustanden bzw. oblagen. Der § 571 setzt also einen vom bisherigen Eigentümer abgeschlossenen oder doch für ihn verbindlichen Mietvertrag voraus. Ein Mietvertrag, den ein Nichtberechtigter abschließt, bindet den Eigentümer nicht, daher tritt in solchem Falle der Erwerber, der sein Eigentum vom bisherigen Eigentümer herleitet, nicht in Rechte und Pflichten gegenüber dem Mieter ein.

4. **RG.** 18. 10. 10, R. **10** Nr. 4071. § 571 BGB. findet, falls das Grundstück zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, nur dann Anwendung, wenn ein von sämtlichen an der Gütergemeinschaft Beteiligten abgeschlossener oder doch für sie verbindlicher Mietvertrag vorliegt, nicht dagegen, wenn nur für einen der Beteiligten durch den Mietvertrag Rechte und Pflichten begründet sind.

5. HessRspr. **10** 146 f. (Darmstadt). Solange die Übergabe des Hauses an den Käufer nicht stattgefunden hat, kann sich für den Erwerber der Eintritt in die Rechte und Pflichten des Verkäufers gegen den Mieter nicht vollziehen. Eine Pfändung von Mietforderungen gegen den nicht in Besitz und Genuß des Hauses gelangten Eigentümer ist daher nicht möglich.

6. OLG. Kiel, JDR. **7** Ziff. 3. jetzt auch OLG. **20** 117.

§ 572. OLG. **20** 119 (Stettin). Der Verpächter haftet für die Rückgabe der von ihm dem Käufer des Pachtgrundstücks ausgehändigten Pachtsicherheit; er kann jedoch nicht nur seine Ansprüche aus der früheren Pacht, sondern auch die des nachfolgenden, in das Recht auf die Sicherheit eingetretenen Verpächters gegen den Rückgabeanspruch geltend machen.

§ 573. 1. Levison, DJZ. **10** 1070. Wenn § 573 dem Eigentümer die freie Verfügung über die Mietzinsen beläßt, so hat er nur die im Wege reellen wirtschaftlichen Verkehrs erfolgte Verfügung im Auge, nicht aber eine solche, die nur den Zweck verfolgt, anderen Schaden zuzufügen. Kommen für die Vertragsschließung über die Mietzinsen berechtigte wirtschaftliche Interessen nicht in Frage, dient sie vielmehr nur dem Zwecke, dem Erwerber der Grundstücke durch Entziehung der Mietzinsen Schaden zuzufügen, so sind sie als gegen die guten Sitten verstoßend zu erachten.

2. *Schoch, BadNotZ. **10** 92 ff. Die im Wege der Zwangsverwaltung erfolgende Beschlagnahme der Mietzinsen ist nicht als Vorausverfügung im Sinne des § 573 anzusehen. Deshalb gebühren, wenn die Zwangsverwaltung durch den Zuschlag (§§ 56, 57 ZVG.) ihr Ende findet, die Mietzinsen grundsätzlich vom Tage des Zuschlags ab dem Ersteher des Grundstücks; eine vor der Beschlagnahme von dritter Seite erwirkte Pfändung der Mietzinsen behält jedoch als Vorausverfügung im Sinne des § 573 nicht allein der Zwangsverwaltung gegenüber nach Maßgabe des § 1124 BGB., sondern auch nach dem Zuschlag im Verhältnisse zum Ersteher innerhalb der Grenzen des § 57 Satz 1 ZVG. ihre Wirkung.

3. *Loewe, Mietrecht 174. Im Falle der Veräußerung des Mietgrundstücks mitten in der Mietzinsperiode gebühren dem Erwerber die Postnumerando-, dem Vermieter die Pränumerandoraten der Periode vollständig; untereinander freilich müssen Vermieter und Erwerber mangels vertraglicher Vereinbarung die Mietbeträge nach ihrer Eigentumsdauer verrechnen und erstatten.

4. OLG. **20** 120 ff. (Düsseldorf). Der Zusammenhang des § 573 mit § 571 weist allerdings darauf hin, daß der Gesetzgeber in erster Linie an den Fall gedacht hat, daß der Erwerber gemäß § 571 infolge seines Eigentumserwerbes in das vom Veräußerer begründete Mietverhältnis eingetreten ist. In der Fassung des § 573 ist

dies jedoch nicht zum Ausdrucke gelangt, und es liegt kein Grund vor, seine Anwendung für den Fall abzulehnen, in welchem zum Eigentumswechsel noch die Beendigung eines Nießbrauchs hinzutreten mußte, um den Eintritt des Erwerbers in das nicht vom Eigentümer, sondern vom Nießbraucher begründete Mietverhältnis herbeizuführen.

5. SeuffA. **65** 185 ff. (Dresden). Die Pfändung der Mietzinsen gegen den Grundstückseigentümer während Bestehens eines Nießbrauchs ist keine Verfügung im Sinne des § 573. Diese Vorschrift hat nur Verfügungen im Auge, welche von dem Vermieter, also dem zur Verfügung Berechtigten, ausgehen, und als solcher kann der Eigentümer eines Grundstücks, das dem Nießbrauch eines anderen unterworfen ist, nicht gelten.

6. OLG. **20** 194 (München). Bei Pfändung von Mietansprüchen des Schuldners sind die Mieter, welche Drittschuldner sind, dem Pfandgläubiger für den Mietzins haftbar, solange sie im Genusse des bisherigen Mietobjekts oder eines ihnen an dessen Stelle eingeräumten bleiben. Eine zwischen Ersteher und Mieter vorgenommene Änderung des tatsächlich beibehaltenen Vertragsverhältnisses kann keine Einziehungsberechtigung des Erstehers zum Nachteile des Pfändungsgläubigers herbeiführen.

7. OLG. **20** 193 (Hamburg). Die Abtretung künftiger Mieten ergreift auch die Mieten an den vom Zwangsverwalter geschlossenen Verträgen.

§ 577. OLG. **20** 98 (KG.). Wenn der Eigentümer selbst eine Wohnung vermietet und dem Mieter überlassen hat, so tritt gemäß §§ 577, 571 an Stelle des Vermieters der Nießbraucher in die während der Dauer seines Nießbrauchs aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten ein. § 577 setzt aber voraus, daß das Mietverhältnis in Wirklichkeit der Verfügung des Eigentümers untersteht, und duldet daher für den Fall, daß vor der Nießbrauchsbestellung das Vermietungsrecht einem Dritten übertragen worden, nicht etwa eine entsprechende Anwendung dahin, daß der Nießbraucher an Stelle des Dritten in den von diesem abgeschlossenen Mietvertrag einträte; vielmehr ist ein solcher Eintritt nur mit Bewilligung des Dritten denkbar, da in dessen wohlerworbene Rechte durch die Bestellung des Nießbrauchs nicht ohne weiteres eingegriffen werden kann.

II. Pacht.

§ 581. 1. **RG.** 7. 10. 10, **74** 247 ff. Schafft ein Pächter, der Grundstücke von mehreren Personen gepachtet hat, die Früchte eines Pachtgrundstücks auf ein Grundstück, das er von einem anderen gepachtet hat, so erlischt das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten des Pachtgrundstücks, denn dieser Entfernung durfte der Verpächter nicht widersprechen. Ist aber der Widerspruch gegen die Entfernung rechtlich bedeutungslos, so liegt die Sache gerade so, als wenn die Entfernung ohne Widerspruch erfolgt wäre.

2. **RG.** 22. 2. 10, R. **10** 1239, SächsRpflA. **10** 235, SeuffA. **65** 313. Der Verpächter eines Bauernguts ist grundsätzlich verpflichtet, das zu Wohn- und Wirtschaftszwecken dienende Hauptgebäude, das während der Pachtzeit durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand, wie z. B. durch einen Brand, zerstört ist, wieder aufzubauen, wenn das zerstörte Gebäude nur einen geringfügigen Teil des ganzen Pachtgegenstandes gebildet hat, so daß das Pachtgut mit dem neuen Gebäude als dieselbe Sache erscheint wie vor dem Brande. Ausnahmsweise ist dem Pächter der Anspruch auf Wiederaufbau des zerstörten Gebäudes zu versagen, wenn dieser unter den gegebenen Umständen nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist, die dem Verpächter nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden können.

3. OLG. **20** 110 (Naumburg). Aus der Verpflichtung des Pächters, die gepachtete Sache nach Beendigung des Pachtverhältnisses zurückzugeben, folgt die vertragliche

Verbindlichkeit zur Obhut während des Pachtverhältnisses. Vertraut der Pächter die Obhut einem anderen an, so bedient er sich seiner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit und hat deshalb sein Verschulden nach § 278 zu vertreten.

4. Jagdpachtvertrag (JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **6** Ziff. 3, **7**, **8** Ziff. 2). a) v. Seeler, aO. 345 ff., wendet den Satz „Kauf bricht nicht Pacht" auch auf die Jagdpacht an. Er bezeichnet die Ausführungen des RG., z. B. **70** 70 ff. (JDR. **8** Ziff. 2), Gegenstand der Jagdpacht sei nicht das Grundstück, sondern das Jagdrecht und die Gestattung der Ausübung der Jagd sei nicht Überlassung im Sinne des § 571, für unzutreffend. § 571 setzt weder bei der Pacht noch bei der Miete die Einräumung des alleinigen unmittelbaren Besitzes voraus. Vielmehr liegt eine Überlassung schon in der Einräumung des Mitbesitzes (349). Einen solchen beschränkten Besitz hat der Jagdpächter, sei es, daß der Verpächter selbst die Landwirtschaft betreibt, sei es, daß er das Grundstück zum Zwecke des landwirtschaftlichen Betriebs einem Dritten verpachtet hat. Der Jagdpächter ist zum Fruchtgenuß und zum Gebrauche des Grundstücks im Sinne des § 581 berechtigt. Alle dem Pächter gestatteten Einwirkungen zusammengenommen stellen ein Herrschaftsverhältnis zum Grundstücke dar, das mindestens nicht weniger intensiv und von nicht geringerer Kontinuität ist, als etwa der Besitz des Mieters an dem Treppenflur oder dem gemeinschaftlich benutzten Hofe und Garten (351). Endlich sind auch die für den Satz „Kauf bricht nicht Pacht" entscheidenden Erwägungen sittlicher und wirtschaftlicher Natur bei der Jagdpacht genau in demselben Maße zutreffend. **b)** **RG.** 19. 9. 10, R. **10** Nr. 3485. Eine Klage auf Überlassung der Rechte aus einem mit einem Dritten abgeschlossenen Jagdpachtvertrag ist rechtlich zulässig. **c)** Über die Abtretbarkeit des Jagdpachtrechts in Preußen s. *Wurzer, Gruchots Beitr. **54** 354.

§ 584. Stiff, R. **10** 639. Da der Zweck der Pacht eines Landguts die Gewinnung der Ernte ist, entspricht es den tatsächlichen Verhältnissen, das Pachtjahr von Oktober zu Oktober zu berechnen. Der Käufer des Gutes, der Nießbraucher, der erst am 1. Oktober in Genuß tritt, hat erst auf den nächstjährigen Pachtzins Anspruch.

§ 585. NaumburgAK. **10** 4 (Naumburg). Dem gesetzlichen Pfandrechte des Verpächters gebührt der Vorzug vor dem Pfändungspfandrecht über stehende Früchte. Vgl. auch JDR. 8.

§ 586. **RG.** 9. 3. 10, R. **10** Nr. 1519. Ein Verzeichnis, das bei Beginn der Pachtzeit von den Vertragsparteien über die von dem Verpächter dem Pächter zu übergebenden Inventarstücke aufgestellt und von beiden durch Unterschrift als richtig anerkannt wird, hat nicht die Bedeutung eines Anerkenntnisvertrags, der durch Anfechtung gemäß § 119 BGB. entkräftet werden muß, sondern nur die einer Beweisurkunde, gegen die der Gegenbeweis unbeschränkt zulässig ist.

§ 588. 1. *Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 30, 53 ff. Der Pächter trägt die Gefahr über die Beendigung des Pachtverhältnisses hinaus bis zur Auslieferung. Man kann ihm jedoch nicht zumuten, die Gefahr bis zur Erfüllung seiner Rückgabepflicht zu tragen, man muß vielmehr die Bestimmungen der §§ 446, 447, 324 Abs. 2 BGB. analog anwenden; denn es fehlen allgemeine Bestimmungen für den Gefahrübergang bei einseitigen Schuldverhältnissen. Die vorhandenen Vorschriften beziehen sich nur auf Gattungsschulden, während die für gegenseitige Schuldverhältnisse gegebenen Vorschriften sich nicht auf die Frage der Befreiung des Schuldners beziehen, sondern, indem sie diese voraussetzen, nur auf die Frage nach dem Fortbestehen der Verpflichtung des Gläubigers. Diese Bestimmungen kann man aber auf einseitige Schuldverhältnisse analog anwenden.

2. R. **10** 878 (Braunschweig). Unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers vom Pächter angeschaffte Gegenstände werden erst mit der Einverleibung Eigentum des Verpächters. Ebenso OLG. Stuttgart, JDR. 8.

§ 590. 1. **RG.** BayRpflZ. **10** 404. § 590 BGB. gilt nicht für Grundstücke, deren Benutzung in der Ausübung einer persönlichen gewerblichen Tätigkeit besteht.

2. **RG.** 15. 6. 10, R. **10** Nr. 3165. Der Eigentümer und Vermieter kann vom Hypothekengläubiger nicht Ersatz dafür verlangen, daß er dem Mieter die von diesem für Benutzung des Restaurationsinventars gezahlte Kaution zurückbezahlt hat, um das Inventar dem Hypothekengläubiger zur Befriedigung herauszugeben.

§ 595. R. **10** Nr. 498 (Braunschweig). Ein für bestimmte Zeit geschlossener Lizenzvertrag kann nicht aus dem Grunde gekündigt werden, weil die Erfindung nicht nutzbringend gemacht werden könne.

Vierter Titel. Leihe.

Vorbemerkung: Eine ausführliche Darstellung vom Leihvertrage gibt Zabel. Eine neue Auffassung vom Schrankfachvertrage vertritt Hoeniger (s. § 598 Nr. II 3).

Literatur: Zabel, Der Leihvertrag nach deutschem bürgerlichen Rechte. Leipzig 1910.

§ 598. I. Begriffliches. Allgemeines. 1. *Zabel 3 ff. Der Leihvertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger, nicht gegenseitiger Vertrag, er ist Konsensualvertrag, deshalb genügt zur Klagebegründung die Behauptung des Konsenses.

2. Leihverträge über unbewegliche Sachen. *Zabel 16. Hierher gehören die Fälle, in denen jemand durch Anschlag die Benutzung eines Parkes, den Durchgang durch ein Grundstück, das Abladen von Schutt auf einem Grundstücke gestattet.

3. Leihverträge über eigene Sachen. *Zabel 24 ff. Zu unterscheiden sind drei Fälle: a) Der Eigentümer hat die Sache von jemand entliehen, dem ein obligatorisches oder dingliches Recht an derselben zusteht. b) Er hat sie von dem anderen, dem kein Recht an derselben zustand, in Kenntnis seines Eigentumsrechts entliehen. c) Er hat sie in Unkenntnis seines Eigentumsrechts entliehen; in diesem Falle kann der Entleiher 1. sein Eigentumsrecht gegenüber dem Rückgabeverlangen des Verleihers einredeweise geltend machen und 2. den Leihvertrag wegen Irrtums anfechten.

4. Leihverträge über fremde Sachen. *Zabel 22. Der Dritte hat aus seinem Leihvertrage nicht die geringsten Beziehungen zum Eigentümer der Sache und verletzt seine Rückgabepflicht gegenüber dem Verleiher durch Herausgabe der Sache an den Eigentümer.

5. Unentgeltlichkeit. *Zabel 36 ff. Unentgeltlich heißt ohne Vergütung, die nach der Verkehrsanschauung als Äquivalent für die Gebrauchsüberlassung gelten würde. Die Beifügung einer im Hinblick auf den Vertragszweck unerheblichen und sich nicht als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung darstellenden Verpflichtung des Entleihers läßt den Charakter des Vertrags als Leihvertrag sowohl unberührt, als auch kann die auf sie abzielende Verabredung nicht als besonderer, selbständiger Vertrag, Nebenvertrag zum Leihvertrag aufgefaßt werden. Sie wird sich meist als eine Modalität des Gebrauchs darstellen.

II. Abgrenzung von anderen Verträgen und Rechtsverhältnissen. 1. Bittleihe, momentanes Detentionsverhältnis. *Zabel 98 ff. Das Kriterium zwischen derartigen Verhältnissen und dem Leihvertrage liegt darin, daß beim Leihvertrage positiv der Wille des Verleihers dahin geht, dem Entleiher ein den Moment überdauerndes, gewisse Zeit fortwährendes Gebrauchsrecht einzuräumen, während hier der Geber lediglich negativ gegenüber den Gebrauchsakten eines anderen von seiner Befugnis, dieselben zu verbieten, augenblicklich keinen Gebrauch macht, ohne aber damit dem anderen auch

nur zeitweilig irgendwelchen Rechtsanspruch einzuräumen. Die §§ 598 ff. können hier keine Anwendung finden. Die Rückgabepflicht beruht hier lediglich darauf, daß eine Obligation des Gebers überhaupt nicht besteht. Der Empfänger ist Besitzdiener i. S. von § 855 BGB.

2. Leihe und Miete. a) Über die „Sackmiete" im Getreidehandel als anfänglichen Leihvertrag Hoeniger, Gemischte Verträge (s. oben § 305 Nr. 2) 132 ff. b) OLG. **20** 210, HansGZ. **10** Beibl. 73 (Hamburg). Hat der Eigentümer in seinem Grundstück einen Laden jemandem bis zum 4. Januar 1910 „mietefrei" überlassen und ihm gleichzeitig das Recht eingeräumt, sich bis zum 4. 1. 1910 zu entscheiden, ob er den Laden von da ab auf 3 Jahre fest gegen 1500 M. mieten wolle, so haben die Parteien für die Zeit vom 4. 1. 1910 an die Bedingungen eines Mietvertrags abgemacht und im Anschlusse daran auf Probe oder aus anderen Gründen die sofortige mietefreie Benutzung des Ladens ausbedungen. Das ist ein einheitliches Vertragsverhältnis, das nach dem Mietrechte zu beurteilen ist.

3. Der Schrankfachvertrag. Hoeniger, Gemischte Verträge (s. oben § 305 Nr. 2) 157 ff. Der Schrankfach- oder Safevertrag ist ein aus Sachleistung (Miete) und Arbeit (Dienstvertrag) gemischter Vertrag. Eine besonders wichtige Folge dieser Kombination ist, daß der ganze Vertrag aus einem Grunde aufgelöst werden kann, der allein als Endigungsgrund für die Arbeitsleistung angeordnet ist (§ 626).

4. **RG.** WarnE. **3** 256. Die Vereinbarung einer Leihe kann den Abschluß eines Verwahrungsvertrags in sich begreifen.

5. OLG. **20** 209 (Breslau). Ein dem Leihvertrag ähnlicher unbenannter Vertrag, auf den die Vorschriften über die Leihen anzuwenden sind, liegt vor, wenn die Klägerin der Beklagten gestattet, mit einem Anschlußgleise nach der dieser gehörenden Grube die Linie seiner elektrischen Kleinbahn zu benutzen. Nach § 604 Abs. 3 kann die Klägerin vor der Einstellung des Betriebs der Grube die Genehmigung zur Benutzung der Kreuzung nicht zurückziehen.

§ 599. *Zabel (s. zu § 598) 94 ff. § 599 gilt auch dann, wenn der Leihvertrag mit im Interesse des Verleihers abgeschlossen ist. — § 599 bezieht sich vornehmlich auf den Fall, daß dem Verleiher die Verleihung der Sache nachträglich unmöglich wird. Dabei kennt das Gesetz beim Leihvertrag eine clausula rebus sic stantibus nicht.

§ 600. *Zabel (s. zu § 598) 92. Die Ersatzpflicht des Verleihers beschränkt sich auf den Schaden, den der Entleiher dadurch erleidet, daß er auf die Unentziehbarkeit und Fehlerfreiheit der Leihsache gerechnet hat. Der Entleiher kann nicht das Erfüllungsinteresse verlangen.

§ 601. *Zabel (s. zu § 598) 84 ff. Bei der Leihe eines Tieres sind den Fütterungskosten die Kosten für die Heilung leichter, im Laufe der Arbeit nicht ungewöhnlicher Beschädigung der Krankheit gleichzustellen.

§ 602. *Zabel (s. zu § 598) 52 ff., 78 ff. Der Entleiher hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Geht er aber in entschuldbarem Irrtum über die Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs hinaus, so haftet er nicht. — Der Entleiher hat die Anzeigepflicht nach § 545 BGB. — Hauptfall des § 602 ist die Deterioration. Hierher gehören aber auch Veränderungen, die den Wert der Leihsache nicht tangieren oder gar erhöhen. So geht Zuwachs, der von Natur oder dritter Seite der Leihsache hinzutritt, zugunsten des Verleihers. Auch ihn umspannt der Leihvertrag vom Augenblicke seines Hinzutretens.

§ 603. 1. *Zabel (s. zu § 598) 46 ff. Ist ein Zweck im engeren Sinne nicht gegeben, so ist vertragsmäßiger Gebrauch derjenige, der nach den dem Verleiher bekannten Verhältnissen des Entleihers vorauszusetzen war. Sind auch diese dem Verleiher nicht bekannt, so ergibt sich das, was vertragsmäßiger Ge-

brauch ist, aus den besonderen Eigenschaften der verliehenen Sache. Hat schließlich auch die Leihsache keine besonderen Eigenschaften, so hat der Entleiher die Sache so zu gebrauchen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Das heißt zunächst negativ, er kann jeden Gebrauch machen, der sich mit dem im § 242 BGB. ausgesprochenen Prinzipe verträgt. Positiv hat er a) nur solchen Gebrauch von der Leihsache zu machen, für welchen Sachen derjenigen Art, zu denen die Leihsache gehört, nach der Verkehrsauffassung regelmäßig dienen; b) indem er sich zunächst vergegenwärtigt, welchen Gebrauch i. S. von a er von der Leihsache machen darf, hat der Entleiher weiter, falls er sich für eine unter a fallende Gebrauchsart entscheidet, zu prüfen, ob dieser Gebrauch auch recht ist, wenn er sich nicht nur auf subjektiven Standpunkt stellte und nicht nur persönlichen Zwecken nachginge, sondern zugleich die Zwecke des anderen, des Verleihers, als die seinigen aufnehme. Praktisch wird es empfehlenswert sein, wenn sich der Entleiher, bevor er zum Gebrauche schreitet, in die Rolle des Verleihers denkt und erwägt, ob er, wenn er die Sache verliehen hätte, mit dem Gebrauche, den er jetzt selbst vornehmen will, durch einen anderen einverstanden sein würde.

2. Satz 2. Die unerlaubte Afterleihe. *Zabel (s. zu § 598) 46 ff. Einem Dritten überläßt der Entleiher i. S. von § 603 Satz 2 den Gebrauch der Sache nur, wenn er sich selbst des unmittelbaren Besitzes der Leihsache entäußert. Das ergibt sich aus dem Zusammenhalte mit § 604 Abs. 4. Die Erlaubnis, Dritte die Sache gebrauchen zu lassen, ist nichts anderes als Zustimmung i. S. von §§ 182 ff. BGB. Es besteht kein Grund, hier einen neuen Rechtsbegriff aufzustellen und beispielsweise mit Endemann die Erlaubnis als Verzicht auf ein Verbietungsrecht zu konstruieren. Der Entleiher hat, wenn er mit Erlaubnis des Verleihers den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen hat, ein dem Dritten beim Gebrauche der Sache zur Last fallendes Verschulden nach § 278 BGB. zu vertreten.

§ 604. 1. Abs. 2 Satz 2. *Zabel (s. zu § 598) 68. Das Gesetz spricht hier nicht von der von jedem Dritten benötigten Gebrauchszeit, will also nicht eine Normalzeit aufstellen, sondern meint lediglich die Zeit, die, objektiv betrachtet, genügt hätte, daß der Entleiher (nach seinen subjektiven Verhältnissen) den Gebrauch hätte machen können.

2. Abs. 3. *Zabel (s. zu § 598) 75. Das Prekarium ist heute eine bloße Fälligkeitsform des Kommodats geworden.

3. Abs. 4. *Zabel (s. zu § 598) 58 ff. Natur der Klage aus § 604 Abs. 4. Sie ist lediglich Klage aus Leihvertrag. Der Verleiher hat zu ihrer Begründung nichts weiter darzutun, als den zwischen ihm und dem Entleiher geschlossenen Leihvertrag und die Gebrauchsüberlassung seitens des Entleihers an den Dritten. Insbesondere bedarf es keiner Aufforderung an den Dritten zur Rückgabe. Nach Stellung des Rückgabeverlangens darf der Dritte die Sache dem Zwischenmanne nicht zurückgeben. Es ist keine umittelbare Rückgabe an den Verleiher, wenn er dem Entleiher die Sache zurückstellt. Besitz der Sache zur Zeit des Rückgabeverlangens ist gleichgültig. — Nach dem zwischen Verleiher und Entleiher bestehenden Rechtsverhältnisse bestimmt sich auch das Recht des Dritten auf Ersatz von Verwendungen bzw. sein etwaiges Zurückbehaltungsrecht. Der Dritte, der die Sache vom Entleiher gemietet hat, kann vom Verleiher Impensen nur nach § 601, nicht nach § 547 ersetzt verlangen. Der Anspruch geht nicht gegen jeden Dritten, sondern nur gegen den, der die Sache vom Entleiher zum Gebrauch überlassen erhalten hat. Es liegt eine eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten vor, um den Rückforderungsanspruch des Verleihers zur Durchführung zu bringen. Es läßt sich hier die Analogie mit § 822 heranziehen.

§ 605. 1. *Zabel (s. zu § 598) 52. Kündigen heißt vom Leihvertrage für die Zukunft zurücktreten.

2. Ziff. 1. a) Stahl (s. oben § 321 Nr. 1a). Die Vorschrift des § 605 Ziff. 1 findet Anwendung auch auf den Leihvorvertrag. Sie ist ein Fall der clausula rebus sic stantibus. b) *Zabel (s. zu § 598) 70. Es muß ein wirkliches Bedürfnis, nicht eine bloße Laune des Verleihers vorliegen. Darauf, ob das Bedürfnis ein dringendes ist oder nicht, kommt es nicht an. Auch nimmt bloße Vorhersehbarkeit desselben das Rücktrittsrecht nicht.

3. Ziff. 2. *Zabel (s. zu § 598) 53 f. Klage auf Unterlassung vertragswidrigen Gebrauchs ist unzulässig. — Analoge Anwendung des § 550 ist ausgeschlossen.

4. Ziff. 3. *Zabel (s. zu § 598) 97. Das hier gegebene Kündigungsrecht greift auch dann Platz, wenn die Absicht nicht auf den höchstpersönlichen Gebrauch des Entleihers gerichtet war.

§ 606. *Zabel (s. zu § 598) 66, 96. Der Anspruch auf Rückgabe der Leihsache, sowie die Ansprüche aus Verletzung der §§ 599, 600 unterliegen der gewöhnlichen Verjährung.

Fünfter Titel. Darlehen.

Vorbemerkung: Wichtig sind die Entscheidungen zu § 607 Nr. I über die Anwendbarkeit der Vorschriften §§ 320 ff. BGB., über die Gläubigerschaft bei Einzahlungen auf ein Sparkassenbuch (§ 607 Nr. II 2) und über die Beweislast (§ 607 Nr. II 5). — Die Literatur ist spärlich und beschäftigt sich nur mit Einzelfragen.

§ 607. Literatur: v. Amelunxen, Die Einzahlung der Darlehnsvaluta zu Händen des Notars, ElsLothNotZ. **10** 161 ff.

I. Allgemeines. Das Darlehen als gegenseitiger Vertrag. Anwendung der §§ 320 ff. (s. JDR. **8** Nr. I, **7** Nr. I 1, **6** zu §§ 607 ff. Nr. 1—3, **3** Nr. I 1, **2** Nr. I 1) — vgl. auch § 610. a) R. **10** Nr. 3161 (Hamburg). Verspricht jemand 5000 M. Darlehen gegen Einräumung einer entsprechenden Sicherheit, z. B. einer Hypothek, so stehen sich Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 320 gegenüber, und es besteht kein Bedenken, auf diese rechtlichen Beziehungen den § 326 BGB. anzuwenden. Leistet daher der Schuldner trotz Mahnung nicht die Sicherheit, so kann der Gläubiger nach erfolgloser Fristsetzung vom Vertrage zurücktreten. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner die einmal beschaffte Sicherheit wieder fortfallen läßt, ohne sie zu ersetzen, oder wenn er zum Nachweis der fortdauernden Sicherheit vertraglich verpflichtet, diesen Nachweis zu erbringen sich weigert. b) OLG. **20** 212, R. **10** Nr. 1521 (Hamburg). Das Darlehnsgeschäft kann zu einem gegenseitigen Vertrag ausgestaltet sein, z. B. wenn der Darlehnsgeber das Geld in das Geschäft des Darlehnsnehmers gibt und dieser sich dazu verpflichtet, das Geld nur in diesem Geschäft, also in einer bestimmten für die Sicherung der Rückzahlungen und der Verzinsung bedeutsamen Weise zu verwenden. Gefährdet der Darlehnsnehmer durch anderweitige Verwendung des Geldes den mit dem Darlehen verfolgten Zweck, so liegt eine positive Vertragsverletzung vor, die den Darlehnsgeber nach § 326 berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten. c) ThürBl. **37** 152 (Jena). Der Darlehnsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, auf den § 326 Anwendung findet.

II. Abs. 1. 1. Darlehen durch Hingabe des geliehenen Betrags an einen Dritten. BayOLG. **10** 485 (München). Der Empfangnahme durch den Schuldner steht es gleich, wenn das Eigentum an dem dargeliehenen Gelde mit dem Willen des Schuldners einem anderen verschafft wird. Dieser Wille kann ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen vor oder bei der Hingabe des Geldes, aber auch nachträglich durch Genehmigung erklärt werden. Die nachträgliche Genehmigung steht der vorherigen Zustimmung gleich. Stillschweigende Genehmigung kann nur angenommen werden, wenn in den in Betracht kom-

menden Handlungen des Schuldners sich der Wille ausspricht, nachträglich zu genehmigen. Das ist dann nicht anzunehmen, wenn die Handlungen im Irrtume vorgenommen worden sind.

2. Einzahlung auf Sparkassenbuch. **RG.** JW. **10** 577. Bei Einzahlungen auf ein Sparkassenbuch wird Gläubiger nicht derjenige, auf dessen Namen das Sparkassenbuch ausgestellt ist, sondern derjenige, der selbst im eigenen Namen oder in dessen Vertretung ein anderer die Einzahlung macht, das Darlehen gibt. Ist das Sparkassenbuch und mit ihm das Sparkassenguthaben zur Zeit der späteren Einlage bereits an einen anderen rechtswirksam übertragen, so wird beim Mangel besonderer, für eine abweichende Auffassung sprechender Umstände regelmäßig davon auszugehen sein, daß der Einzahlende, dem die Übertragung des Eigentums an dem Sparkassenbuch und der Gläubigerrechte an dem Guthaben bekannt war, nicht für den früheren. sondern für den zur Zeit der Einzahlung tatsächlich berechtigten Inhaber des Buches handelte.

3. HansGZ. **10** Beibl. 280 (Hamburg). Die Unsittlichkeit des seitens einer Brauerei gewährten Bordelldarlehns wird verneint, da der Vertrag nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter den guten Sitten nicht zuwiderläuft.

4. **RG.** WarnE. **3** 393, R. **10** Nr. 2807. Die Erklärung des Darlehnsgebers, der Empfänger könne einen beim Vater des Gebers etwa zu erleidenden Verlust von dem Darlehen kürzen (sog. Rückschein), ist kein Bürgschaftsversprechen. Der Vertrag enthält lediglich die Vereinbarung einer besonderen Modalität über die Rückzahlung des Darlehens. Auch ein Schenkungsversprechen liegt nicht vor.

5. Beweislast. **a)** OLG. **21** 206, R. **10** Nr. 2806 (Rostock). Die Beweislast bei der Darlehnsklage, wenn der Beklagte eine Schenkung behauptet, hat ausnahmsweise der Beklagte, da er zwar die allgemeine Behauptung aufstellt, das unstreitig von ihm empfangene Geld sei ihm geschenkt worden, im einzelnen aber über den streitigen rechtsgeschäftlichen Vorgang eine Sachdarstellung gibt, die einen sicheren Schluß auf das Vorliegen einer Schenkung nicht begründet, wohl aber nach der Regel des Lebens zunächst und von besonderen Umständen abgesehen die Annahme rechtfertigt, daß die Hingabe des Geldes mit der Verpflichtung zur Rückerstattung erfolgt sei. Denn in diesem Falle stellt sich die Behauptung der Schenkung als eine bloße Rechtsbehauptung dar, die in den behaupteten Tatsachen keine Stütze findet und daher nicht geeignet ist, die zur Beweislast des Klägers stehenden Voraussetzungen des Darlehens zu negieren. **b)** **RG.** WarnE. **3** 55. Durch den Nachweis, daß das Geld als Darlehen hingegeben oder daß eine Vereinbarung im Sinne von § 607 Abs. 2 hinsichtlich einer bestehenden anderen Schuld getroffen worden ist, hat der Kläger einen Tatbestand erwiesen, der die Rückgabepflicht des Beklagten begründet und der auch ohne weiteres die Kündbarkeit des Darlehens nach Maßgabe des § 609 in sich schließt, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist. Eine solche abweichende Vereinbarung ist von dem sie behauptenden Darlehnsschuldner zu beweisen, in dieser Behauptung liegt kein Leugnen des Klagegrundes. Diese Grundsätze treffen auf den vorliegenden Fall zu, mag durch die behauptete Abmachung die Zeit der Rückzahlung oder die Art der Befriedigung des Darlehnsgläubigers oder beides zusammen besonders geregelt worden sein und mag selbst dem tatsächlichen Ergebnisse nach sich herausstellen, daß aus bestimmten Gründen das Darlehen überhaupt nicht zurückzubezahlen wäre. **c)** Darlehen oder Gesellschaftsanteil. OLG. **20** 213, R. **10** Nr. 1520 (Braunschweig). Bezahlt ein Angestellter Geschäftsschulden, so muß er zur Begründung der Darlehnsklage auf Rückzahlung dartun, daß er dies nicht zur Einbringung einer Kapitalanlage getan hat.

III. Abs. 2. 1. v. Amelunxen 179 f., 187. Ein „vereinbartes" Darlehen liegt auch dann vor, wenn der von Gläubiger und Schuldner beauftragte Notar das

auf Grund des Darlehnsvertrags von ersterem bei ihm eingezahlte Kapital zur Tilgung älterer Hypothekarschulden des Darlehnsschuldners verwendet, damit die neubestellte Hypothek aufrücke. Wegen des Eigentums am Gelde in solchem Falle vgl. § 662.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 968, JW. **10** 704, LeipzZ. **10** 849. In einer Vereinbarung gemäß § 607 Abs. 2 kann ein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 gefunden werden. Dieser Annahme steht nicht der Umstand entgegen, daß die Urkunde den Schuldgrund mit den Worten „aus der Bauausführung" ganz allgemein bezeichnet.

3. HansGZ. **10** Beibl. 284, SeuffBl. **10** 617 (Hamburg). Nach Umwandlung einer Kaufpreisforderung in eine hypothekarische Darlehnsforderung kann der Schuldner die Minderung nicht mehr einredeweise, sondern nur durch Aufrechnung geltend machen.

§ 608. Vergütung für die Gewährung des Darlehens in Gestalt einer Unterbeteiligung, die von den Zinsen unabhängig ist, vgl. § 246.

§ 610. Literatur: Kahn, Zur Anwendbarkeit des § 610 BGB auf Darlehnsprolongationsabreden, DJZ. **10** 1289. — Marcus, DJZ. **10** 820.

1. Stahl (s. oben § 321 Nr. 1a). Sowohl eine bereits bestehende als auch eine erst neu angebotene Sicherheitsleistung nimmt dem Versprechenden das Recht des Widerrufs (16). Der Darlehnsgeber, der von seinem Rechte aus § 610 in Unkenntnis der Sachlage keinen Gebrauch gemacht hat, kann nicht etwa das Gegebene mit einem Bereicherungsanspruche zurückfordern (19). Über die analoge Anwendung des § 610 vgl. § 321 Nr. **1a**, insbesondere berechtigt eine nach der Darlehnshingabe eingetretene erhebliche Vermögensverschlechterung zur Kündigung des Kredits (77).

2. Anwendbarkeit des § 610 BGB. auf Darlehnsprolongationsabreden. a) Bejaht von Marcus. Wenn bei Darlehnshingabe der Darleiher sich verpflichtete, nach Eintritt der gleichzeitig vereinbarten Fälligkeit das Darlehen in bestimmter Weise zu prolongieren und nachträglich des Schuldners Vermögensverhältnisse sich wesentlich verschlechtern, so ist dem Darleiher das Recht gegeben, die Prolongationszusage zu widerrufen. § 610 ist analog anwendbar. **b**) Verneint von Kahn, welcher eine analoge Anwendung des § 610 für ausgeschlossen hält. Nur wenn die Hingabe des Darlehens eine reine Gefälligkeit und kein Geschäft des Gebers ist, und wenn der Darleiher sich verpflichtet, im Falle der Schuldner bei Fälligkeit nicht zahlen könne, noch einmal zu stunden, so hat diese Zusage als mit der clausula rebus sic stantibus abgegeben zu gelten (vgl. **RG.** JW. **05** 168).

3. Darlehnsversprechen auf Hypothek ein gegenseitiger Vertrag? **RG.** JDR. 8 Nr. II 3 jetzt auch SeuffA. **65** 188. — Im übrigen s. hierüber oben § 607 Nr. I.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: Im Rechte des Dienstvertrags stehen die legislatorischen Fragen im Vordergrunde. Mit der Ausdehnung der für Handlungsgehilfen bestehenden sozialen Schutzvorschriften auf alle Privatangestellten beschäftigte sich der Juristentag in Danzig (§§ 611 ff. Nr. I), über die gesetzliche Regelung des Tarifvertrags und der Akkordarbeit verhandelte der Verbandstag in Köln (§§ 611 ff. Nr. II 4, § 611 Nr. I 6 f.). — Zu dem geltenden Tarifvertragsrechte — mit dem sich jetzt auch die dogmatisch-akademische Literatur beschäftigt (§§ 611 ff. Nr. II 1 a, b, 2 a, b) — liegt eine wichtige Entscheidung des RG. vor, welche die privatrechtliche Gültigkeit der Tarifverträge nunmehr außer Zweifel stellt (§§ 611 ff. Nr. II 1 c, 2 c, d). Eine interessante Studie bietet Rundstein (§§ 611 ff. Nr. II 2 e). — Die zwischen dem 1. und 3. Senat des **RG.** streitig

gewordene Frage, ob der Dienstberechtigte einen Anspruch auf Unterlassung anderweiter Dienste hat, wird vom Plenum jetzt verneint (§ 611 Nr. III 1). Der 3. Senat hatte die Frage in einer viel bekämpften Entscheidung (**RG. 67** 4) bejaht. — Endlich sei auf die Entscheidung des **RG.** hingewiesen, wonach der Rechtsanwalt sich mit einer Kenntnis der in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des RG. begnügen darf. Eine andere wichtige, die Rechtsanwaltschaft interessierende Frage, die der Beweislast bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung von Rechtsmitteln, wird in der Literatur lebhaft diskutiert (§ 611 Nr. IV 2 f.).

Literatur: Baum, Die Rechtswirksamkeit der Tarifgemeinschaften und die neueste Judikatur des Reichsgerichts, JW. **10** 607. — Boysen, Generalstreik und Tarifvertrag, GewuKfmG. **15** 78. — Elster, Mangelhafte Arbeitsleistung und verschuldete Verhinderung bei Akkord- und Zeitlohn, DJZ. **10** 801. — Derselbe, Verschuldete Verhinderung zur Arbeitsleistung bei Akkord- und Zeitlöhnen, GewuKfmG. **16** 3. — Josef, Die Beweislast bei Entschädigungsklagen gegen Rechtsanwälte wegen Versäumung eines Rechtsmittels, SeuffBl. **10** 20. — Kohler, Der Bühnenvertrag, DJZ. **10** 52. — Kraft, Haftpflicht der Justizbeamten, RheinA. **108** 19 (39). — Landau, Das Recht an den Handakten eines Rechtsanwalts, SeuffBl. **10** 547. — von Landmann, Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen, DJZ. **10** 497. — Landsberger, Die Haftung des Dienstverpflichteten für Verlust anvertrauten Gutes, GewuKfmG. **15** 196. — Laubhardt, Das Recht des Fernsprechnebenanschlusses, R. **10** 548. — Neumann, Ausgestaltung des Dienstvertrags, KfmGZ. **2** 137 ff., 157 ff. — Öhlert, Zur Frage der Beweislast bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung eines Rechtsmittels, SeuffBl. **08** 740. — Oppermann, Die Tarifverträge und das Reichsgericht, DWZ. **10** 1033. — Potthoff, Das österreichische Privatbeamtengesetz, GewuKfmG. **15** 189. — Rausnitz, Haftbarkeit des Notars aus seiner Berufstätigkeit, DJZ. **10** 956. — Reichel (Charlotte), Der Dienstvertrag der Krankenpflegerinnen unter Berücksichtigung der sozialen Lage. Jena 1910. — Rundstein, Der gewerbliche Arbeitstarifvertrag und sein Verhältnis zum inneren Vereinsrechte, GoldschmidtsZ. **67** 474. — Schmitt, Zur Beweislast bei Entschädigungsklagen gegen Rechtsanwälte wegen Versäumung eines Rechtsmittels, SeuffBl. **10** 282. — von Schulz, Zur Frage, ob soziale Schutzvorschriften in der Art der für Handlungsgehilfen bestehenden für Privatangestellte überhaupt zu treffen sind, DJZ. **10** 934. — Sinzheimer, Das Reichsgericht und die Tarifverträge, GewuKfmG. **15** 172. — Sinzheimer, Ein Rechtssystem der Arbeit, ABürgR **34** 291. — Stadelmann, Der Impresariovertrag. Halle 1910. — Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentags (Danzig 1910) **1** 112, 290, **2** 126, 552. — Verbandstag des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (Köln 1910), GewuKfmG. **15** 373 ff., **16** 120 ff.

§§ 611 ff. I. Soziale Schutzvorschriften für Privatangestellte. 1. Auf dem 30. Deutschen Juristentag in Danzig wurde die Frage „Empfiehlt es sich, soziale Schutzvorschriften in der Art der für die Handlungsgehilfen bestehenden für Privatangestellte überhaupt zu treffen?“ behandelt. Sie war vorbereitet durch Gutachten von Oertmann, 30. DJT. I 112 ff. und Potthoff, ebenda I 290, welche die Frage übereinstimmend bejahen. Dies geschah auch durch den DJT., welcher folgenden, im wesentlichen auf den Thesen des Berichterstatters Klein beruhenden Beschluß faßte: „Die für Handlungsgehilfen bestehenden sozialen Schutzvorschriften sind als zwingendes Recht auf alle Privatangestellten auszudehnen, die höhere Dienste zu leisten haben. — Hierbei empfiehlt es sich, betreffs der Fürsorge für den Fall unverschuldeten Unglücks oder Erkrankung an der Nichtanrechnung der Beträge festzuhalten, die dem Dienstnehmer für die Zeit seiner Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommen. — Die Ausdehnung der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Konkurrenzklausel wird mit dem Vorbehalt empfohlen, daß Verbesserungen dieser Vorschriften sich auf alle im ersten Absatze bezeichneten Angestellten zu erstrecken haben. — Die Ständige Deputation wird ersucht, auf die Tagesordnung des nächsten Juristentags die Frage zu setzen, welche sonstigen sozialen Schutzvorschriften gleichmäßig für alle im ersten

Absatze bezeichneten Privatangestellten zu treffen wären, um die Schaffung einheitlichen Rechtes für den Dienstvertrag der Privatangestellten vorzubereiten." (30. DJT. **2** 126 f., 552.)

2. von Schulz, DJZ. **10** 934, bespricht die Gutachten von Oertmann und Potthoff (oben Nr. 1) und äußert sich kurz zustimmend.

3. Potthoff, GewuKfmG. **15** 189, bespricht das österreichische Privatbeamtengesetz.

II. Tarifvertrag (s. JDR. 8 Nr. II, **7** §§ 611 ff., **6** Nr. 2, **4** zu §§ 611 ff., 631 ff., S. 187 Nr. 3). 1. Inhalt. Vertragsparteien. Wirksamkeit. a) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (4 u. 5). Erster Band, zweite Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus). Marburg 1910. § 365 Nr. I S. 382 ff. Die rechtliche Wirkung ist, sofern der Vertrag zwischen genügend bestimmten Personen geschlossen wird (im Zweifel gemäß § 328 gleichzeitig zugunsten der Verbandsmitglieder), nicht zu bezweifeln. Der Vertrag ist aber kein Arbeitsvertrag, auch kein Vorvertrag, er geht vielmehr dahin, alle in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitsverträge tarifmäßig zu regeln. Die Verpflichtung zur tarifmäßigen Regelung geht auf Abgabe einer Willenserklärung (§ 894 ZPO.). **b)** Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (3 u. 4) (Berlin 1910) 668 ff. Vorbem. zu §§ 611 ff. Nr. 3 f, schließt sich der Verbandstheorie an, indem er als Partei mit eigenen Rechten und Pflichten den Arbeiterverband auffaßt, sei er rechts- oder nichtrechtsfähiger Verein. **c)** **RG.** VI. **73** 92, JW. **10** 184, DJZ. **10** 313, GewuKfmG. **15** 181. Ein Tarifvertrag ist privatrechtlich voll wirksam. § 152 Abs. 2 GewO. steht der Gültigkeit nicht entgegen. Diese Vorschrift kann nur auf Vereinigungen bezogen werden, die zum Zwecke des Kampfes geschlossen, und auf Verabredungen, die über den Kampf und seine Führung getroffen sind. Ein Tarifvertrag ist aber an sich kein Kampfmittel, dessen sich die Parteien zur Erreichung des von ihnen erstrebten Zieles zu bedienen, sondern, wenn ein Kampf vorhergegangen ist, entweder gerade das Ziel, das durch den Kampf erreicht werden soll, oder doch dessen Ergebnis. Ist kein Kampf vorhergegangen, so ist der Vertrag ein Akt zur Abwendung des Kampfes. Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, Einigungen zwischen Gruppen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Lohn- und sonstige Arbeitsbedingungen durch Versagung jeden Rechtsschutzes für die hierauf abzielenden Vereinbarungen zu entwerten und damit mittelbar zu verhindern. — Der Tarifvertrag kann die privatrechtliche Verpflichtung der Vereine als Kontrahenten begründen, ihrerseits jede Handlung zu unterlassen, durch welche den getroffenen Vereinbarungen zuwiderlaufendes Verhalten ihrer Mitglieder veranlaßt oder begünstigt würde. **d)** Sinzheimer, GewuKfmG. **15** 172, bespricht die Entscheidung des RG. zustimmend und begrüßt es, daß das RG. sich auf den Standpunkt der ausschließlichen Verbandstheorie gestellt hat in dem Sinne, daß aus dem Tarifvertrage nur der Arbeiterverein als solcher berechtigt und verpflichtet ist. **e)** Baum, JW. **10** 607, bespricht die Entscheidung des RG. zustimmend. Er macht aber darauf aufmerksam, daß die Tarifverträge nur so lange nicht unter § 152 GewO. fallen, als sie sich beschränken, nach innen zu wirken. Wenn sie, wie insbesondere die selbständig organisierten Tarifgemeinschaften, aber für Ausbreitung des Tarifs nach außen agitieren und hierdurch zur Kampforganisation gegen die Tarifuntreuen werden, so müssen auch die Vorschriften der §§ 152, 153 GewO. auf sie Anwendung finden. **f)** Oppermann, DWZ. **10** 1033, bespricht die Entscheidung des RG. zustimmend. **g)** Ebenso von Landmann, DJZ. **10** 497.

2. Verhältnis zwischen den Arbeitsnormen des Tarifvertrags und dem individuellen Arbeitsvertrage. Unab-

dingbarkeit oder bloß Schadensersatz bei Bruch des Tarifvertrags? **a)** Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes (4 u. 5). Erster Band, zweite Abteilung. Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus) (Marburg 1910) 382 ff. § 365 Nr. IV. Die Verletzung der Verpflichtung zur tarifmäßigen Regelung (vgl. oben Nr. 1 a) erzeugt Anspruch auf Schadensersatz. Die Nichtigkeit der tarifwidrig geschlossenen Arbeitsverträge läßt sich aus dem geltenden Rechte nicht begründen, und noch unhaltbarer ist die Ansicht, daß für sie der Inhalt des Tarifvertrags (entgegen dem Willen der Kontrahenten des Arbeitsvertrags) ohne weiteres maßgebend sei. **b)** Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse (3 u. 4) (Berlin 1910) 668 ff. Vorbem. zu §§ 611 ff. Nr. 3 f. Eine von den Bestimmungen des Tarifvertrags abweichende Vereinbarung eines einzelnen Arbeitsvertrags bleibt trotzdem möglich, sie ist nicht nichtig, sondern macht höchstens schadensersatzpflichtig (vgl. oben Nr. 1 b). **c)** **RG.** VI. **73** 92, JW. **10** 184, DJZ. **10** 313, GewuKfmG. **15** 181. Die moralische und materielle Unterstützung streikender Arbeiter durch den Arbeitnehmerverein, der sich im Tarifvertrage verpflichtet hat, alles zu unterlassen, was geeignet sei, die Arbeiter von der Tariftreue abzubringen oder in der Tarifuntreue zu bestärken, enthält eine zum Schadensersatze verpflichtende schuldhafte Vertragsverletzung. Nach § 54 persönliche Haftung dessen, der den Vertrag im Namen des Vereins (der „Zahlstelle") abgeschlossen hat (vgl. oben Nr. 1 c). **d)** Unmittelbares Recht der Arbeitgeber aus dem vom Arbeitgeberverband abgeschlossenen Tarifvertrage s. oben zu § 328 Nr. 3 a. **e)** Rundstein, GoldschmidtsZ. **67** 474, bespricht die Änderungen, welche im Laufe der Vertragszeit eintreten können. Auch für diese Änderungen ist die Konstruktion der durch den Tarifvertrag begründeten Rechtsverhältnisse von Einfluß. 1. Der Austritt von Mitgliedern. Folgt man der Verbandstheorie, wonach nur der Verband als Kontrahent zu gelten hat, so ist der Austritt rechtlich gleichgültig. Der Tarifvertragsgegner hat auch keinen Anspruch auf Nichtaustritt und ebensowenig einen Grund zum Rücktritte, wenn auch sämtliche Mitglieder austreten sollten. Tatsächlich ist jedoch die Vereinbarung des Bestandes oder gar der Austritt sämtlicher Mitglieder von größter Bedeutung. Vom Standpunkte der kombinierten Theorie, wonach die Tarifverpflichtungen kumulativ von der Organisation und dem einzelnen übernommen werden, bleiben die ausgetretenen Mitglieder verpflichtet. Die kombinierte Theorie bietet also in diesem Falle eine Garantie für die Durchführung von Tarifverträgen. 2. Der Beitritt neuer Mitglieder. Auch hier ist vom Standpunkte der Verbandstheorie aus diese Änderung ohne Einfluß auf die gegenseitigen Verpflichtungen. Aber auch nach der kombinierten Theorie bedeutet der Beitritt zum Verbande keinen Beitritt zum Tarifvertrage. Es entstehen daher hier komplizierte Rechtsverhältnisse. 3. Die Ausschließung eines Mitglieds. Erfolgt sie wegen Ungehorsams oder wegen eines den Interessen und Bestrebungen des Verbandes entgegenwirkenden Verhaltens des Mitglieds, so werden hierdurch seine tariflichen Rechte und Pflichten nicht berührt. Erfolgt sie, weil das Mitglied den Tarifvertrag verletzt, seine tariflichen Pflichten mangelhaft erfüllt, oder sich im Verzuge befindet, so kann der Vertragsgegner in bezug auf dieses Mitglied vom Tarifvertrage zurücktreten.

3. Zulässigkeit einseitiger Maßnahmen während der Geltungsdauer des Tarifvertags. Boysen, GewuKfmG. **15** 78. Gegen Sinzheimer, JDR. 8 Nr. II 3 a α, nimmt Boysen an, daß durch den Abschluß eines Arbeitstarifvertrags beide Parteien eine unbedingte und ausnahmslose Friedenspflicht übernehmen, so daß also während des Bestandes des Tarifverhältnisses weder Aussperrungen noch Streiks stattfinden dürfen, auch keine

sog. Sympathiestreiks oder Generalstreiks, die sich gegen den Tarif nicht richten. Dies entspricht auch der Auffassung der Gewerkschaftskreise.

4. Die gesetzliche Regelung der Tarifverträge (Kollektivverträge). Hierüber hat der Verbandstag des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, Köln, 15.—17. September 1910 beraten. a) Zur Vorbereitung dienten folgende Vorarbeiten: 1. Die gesetzgeberischen Bestrebungen im Auslande, GewuKfmG. **15** 373 (Belgien von Claes, Österreich von Ehrenzweig, Ungarn von Pap, Niederlande von van Zanten, Frankreich von Capitant, Italien von Messina, Schweden und Norwegen von Sjöstrand). — 2. Sinzheimer, Die neuesten Versuche zur gesetzlichen Weiterentwickelung des Arbeitstarifgedankens in Österreich, in der Schweiz und in Deutschland, ebenda 411. — 3. Zimmermann, Die gesetzliche Regelung des Arbeitstarifvertrags in Deutschland, ebenda 418. — 4. Döblin, Die gesetzliche Regelung der Tarifverträge, ebenda 653. — 5. Wölbling, Entwurf eines Gesetzes über Tarifverträge, ebenda 420.

b) In den Verhandlungen (Bericht GewuKfmG. **16** 120 ff.) wurde die Frage, ob eine gesetzliche Regelung zu empfehlen sei, sehr verschieden beantwortet. — 1. Eine weitgehende spezialisierte Regelung durch Gesetz wurde in den Thesen von Sinzheimer (GewuKfmG. **16** 120) und von Wölbling (ebenda 120 und 134) befürwortet. α. Sinzheimer: I. Die gesetzliche Regelung der Arbeitstarifverträge in Deutschland ist ein Bedürfnis, dessen Befriedigung im Interesse einer ruhigen Fortentwickelung des Tarifvertragswesens eine der nächsten Aufgaben der deutschen Sozialgesetzgebung sein sollte. Eine gesetzliche Regelung kann aber nur dann empfohlen werden, wenn sie nicht Zwangsformen errichtet, die dem Wesen der Tarifverträge fremd sind, sondern wenn sie sich darauf beschränkt, auf der Grundlage des Vertragsabschlusses durch freie Verbände unter weitgehendster Wahrung der Tarifvertragsfreiheit den Willen der Vertragsparteien zur rechtlichen Geltung zu bringen. Dem Wesen der Tarifverträge entsprechend genügt hierbei eine ausschließlich privatrechtliche Regelung nicht, es sind vielmehr bei der Regelung privatrechtliche, vereinsrechtliche und öffentlich-rechtliche Gedanken zu verbinden. — II. Der Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung muß der Grundsatz der Tariffreiheit sein. Hiernach gehören dem Tarifvertrage nur an, die sich ihm freiwillig unterworfen haben. Freiwillig unterworfen haben sich nicht nur diejenigen, die Vertragsparteien sind, indem sie den Tarifvertrag abgeschlossen oder ihm beigetreten sind (Verbände und Einzelpersonen), sondern auch diejenigen, die Vertragsmitglieder sind, indem sie einem Verband angehören, der im Tarifvertrage Vertragspartei ist. Soweit der Grundsatz der Tariffreiheit die Gefahr zunftmäßiger Abschließung im Einzelfalle herbeiführt, muß es auf Antrag zurückgewiesener Berufsangehöriger einer höchsten Tarifbehörde vorbehalten bleiben, solchen Berufsangehörigen den Beitritt zu eröffnen. — III. Betrifft das Geltungsgebiet der Tarifverträge. — IV. Es sind die Folgen der Verletzung des Arbeitstarifvertrags ausdrücklich zu normieren. Als solche Folgen kommen in Betracht Ausstoßung und Buße bei Friedensbruch, Ordnungsstrafe und Verwaltungszwang bei Ungehorsam. — V. Der Arbeitstarifvertrag bedarf einer eigenen Verwaltung und einer eigenen Gerichtsbarkeit unter Ausschluß der allgemeinen Verwaltung und des ordentlichen Rechtswegs. Der Arbeitstarifvertrag ist als ein sozialer Selbstverwaltungskörper rechtlich anzuerkennen. Die Tarifverbände müssen tariffähig sein (beschränkte Rechtsfähigkeit). Die Verbandsorgane (Vertragsausschüsse, Vertragskommissionen, Schiedsgerichte, Schlichtungskommissionen usw.) müssen rechtlich gesichert sein; soweit der Tarifvertrag keine solchen Organe vorsieht, muß der Staat besondere Tarifbehörden und als oberste Instanz ein Reichseinigungsamt errichten. — β. Wölblings Entwurf (GewuKfmG. **15** 420) enthält

folgende Hauptgesichtspunkte. § 1. Tarifverträge müssen ihr räumliches und persönliches Geltungsgebiet angeben und gesondert Rechte und Pflichten der einzelnen und der Gesamtheiten aufführen. § 2. Derjenige Teil eines Tarifvertrags, welcher ausdrücklich zum Inhalte künftiger Dienstverträge bestimmt ist, gilt, auch trotz entgegenstehender Arbeitsordnung, bei allen zwischen den Tarifvertragsparteien geschlossenen Dienstverträgen als vereinbart. § 3. Die Parteien dürfen tarifwidrige Dienstverträge nicht abschließen oder vertragswidrig dulden. — Tarifwidrige Dienstverträge zwischen den Parteien sind jederzeit fristlos kündbar. § 4. Neben einem Vereine von Berufsgenossen, welcher deren gemeinsame wirtschaftliche Interessen als Arbeitgeber und Arbeiter verfolgt (Berufsverein), gelten die Mitglieder als Vertragsparteien. § 5. Innungen stehen in Ansehung der Tarifverträge den Berufsvereinen gleich. § 6. Aus einem Tarifvertrage kann jeder Berufsverein, und zwar auch als Vertreter seiner Mitglieder, klagen. § 7. Für tarifwidrige Handlungen seiner Mitglieder haftet ein Berufsverein nur, wenn er sie veranlaßt oder auf Aufforderung des Verletzten nicht verhindert hat. § 8. Berufsvereine können von ihren Mitgliedern fordern, daß sie ihre Tarifpflichten erfüllen. § 9. Ausscheiden aus einem Berufsvereine befreit nicht von den Tarifpflichten. § 10. Bei Auflösung eines Berufsvereins haftet sein Vermögen für die Dauer des Tarifvertrags, mindestens aber noch drei Jahre. Die Auflösung gilt als Kündigung des Tarifvertrags. § 19. Gewerbliche Kampfmittel zwischen den Parteien sind mangels anderer Vereinbarung nur zulässig, um eine im Verzuge befindliche Partei zur Erfüllung anzuhalten. § 20. Das Prozeßgericht erster Instanz kann nötigenfalls zwecks Vollstreckung einer Forderung aus dem Tarifvertrage nach Anhörung des Schuldners erkennen: 1. daß der Schuldner von der Übernahme von Lieferungen für das Reich, einen Bundesstaat oder Gemeindeverband oder der Arbeit für diese ausgeschlossen wird; 2. daß eine Versammlung bei Vermeidung der Auflösung nicht über ein Kampfmittel gegen den Gläubiger beraten oder beschließen darf; 3. daß der Schuldner unbeschadet seiner Verpflichtungen aus einem Berufsverein ausgeschlossen wird; 4. daß ein Berufsverein aufgelöst wird, wenn er, obwohl dazu imstande, der vollstreckbaren Forderung nicht binnen angemessener Frist genügt. — Bestimmungen über Kündigung und Tarifschiedsgerichte. — 2. Im Gegensatze hierzu vertraten Döblin (GewuKfmG. **16** 123) und Mielenz (128) den Standpunkt, daß vorläufig vor allem die Hindernisse beseitigt werden müssen, welche der Entwickelung des Tarifvertrags und der Bildung eines Tarifrechts entgegenstehen. Beide verlangen Schaffung eines Koalitionsrechts (Beseitigung des § 152 Abs. 2 GewO.), Möglichkeit der Erlangung der Rechtsfähigkeit der Berufsvereine, Anerkennung unmittelbarer Rechtswirkung der Tarifverträge, auf die in ihrem Geltungsgebiet abgeschlossenen Arbeitsverträge — vgl. hierzu ferner Zimmermann (GewuKfmG. **15** 418), der denselben Standpunkt vertritt, und Brogsitter (ebenda **16** 132). — 3. Gegen jede Regelung sprach sich Bergmüller (ebenda **16** 30) aus.

5. Einzelheiten. a) GewuKfmG. **15** 422 (425) (KfmG.). Die Tarifgemeinschaft der Buchdrucker ist ein nichtrechtsfähiger Verein (vgl. **RG. 60** 99). Ihr Organ ist das Tarifamt. **b)** Einrede des Schiedsvertrags bei einer Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Ausschlusses aus einer Tarifgemeinschaft s. ZPO. § 274 Nr. 3c.

III. Sinzheimer, ABürgR. **34** 291, bespricht Lotmars Arbeitsvertrag zustimmend.

§ 611. I. Abgrenzung von anderen Rechtsverhältnissen. (vgl. auch unten Nr. IV 7 c, 8 a). 1. Über Verbindung von Kauf- und Dienstvertrag (z. B. der Verkäufer einer Schreibmaschine verspricht die

Unterweisung des Käufers auf der Maschine) Hoeniger, Gemischte Verträge (s. oben § 305 Nr. 2) 152.

2. Über Pensionsvertrag (s. JDR. 2 Nr. 6 i γ) (Verbindung von Miete, Dienstvertrag und Kauf) oder lediglich Verbindung von Mietvertrag und Bedienung s. Hoeniger, Gemischte Verträge (oben § 305 Nr. 2) 87 ff., 104 ff., 115 ff., 125 ff. Die übliche Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistung ist wertlos. Auch die Nebenleistung erzeugt die Rechtsfolge, daß sie geleistet werden muß und andere Rechtsfolgen. So sind auf die Dienstleistung der Zimmervermieterin die §§ 613—616 anwendbar.

3. Über den Hausmeistervertrag s. Hoeniger, Gemischte Verträge (oben § 305 Nr. 2) 61 ff.

4. R. **10** Nr. 2811 (Stuttgart). Der Kommissionsvertrag ist nicht Dienstvertrag, sondern Werkvertrag.

5. Verschaffen einer Kapelle zum Musizieren. Die in JDR. **8** Nr. I 3 c zu § 611 zitierte Entsch des **RG.** s. jetzt auch JW. **10** 13.

6. Akkordvertrag (s. JDR. **8** Nr. I 10, **7** Nr. I 4, **6** zu §§ 611 ff. Nr. 1, **5** §§ 611 ff., **3** Nr. 2, **2** Nr. 4). **a)** Im allgemeinen (Dienstvertrag? Werkvertrag?) OLG. München JDR. **8** Nr. I 10 a β jetzt auch OLG. **20** 198. **b)** Gewu. KfmG. **15** 158 (GG. Gera). Der Arbeitgeber darf wegen mangelhafter Arbeit den Akkordlohn kürzen, jedoch nur wegen größerer auf Verschulden des Arbeitnehmers zurückzuführender Fehler. **c)** GewuKfmG. **15** 83 (GG. Mannheim). Wenn es im Verlauf eines auf unbestimmte Zeit eingegangenen Arbeitsverhältnisses zur Übertragung von Akkordarbeit kommt, so kann der Arbeiter auch während des Akkordes austreten. Dies gilt auch, wenn durch Vereinbarung oder durch Tarifvertrag oder durch Ortsübung der Kündigungsausschluß festgelegt ist. Der Arbeiter hat in diesem Falle lediglich den Anspruch auf Bezahlung seiner auf den Akkord verwendeten Tätigkeit im Stundenlohn; anders, wenn der Arbeitgeber kündigt. **d)** GewuKfmG. **15** 85 (GG. Hamburg). Ein Arbeiter, dem nach einem Tarifvertrage bei Akkordarbeiten Mindestabschlagszahlungen zustehen, kann nicht die Fortsetzung dieser Zahlungen bis zur Beendigung der Arbeiten auch dann verlangen, wenn das Akkordgeld bereits verbraucht ist. Er kann weitere Forderungen nur geltend machen, wenn er beweist, daß der Arbeitgeber eine Verzögerung in der Fertigstellung der Arbeit verschuldet hat. **e)** Kolonnenarbeit. α. GewuKfmG **15** 349 (GG. Berlin). Das Verhältnis der Kolonnenarbeiter, welche eine Akkordarbeit gemeinsam für einen Gesamtpreis übernommen haben, ist für die Regel ein Gesellschaftsverhältnis gemäß § 705 BGB. Der einzelne Arbeiter kann nur auf Hinterlegung, Zahlung an die ganze Kolonne und auf Feststellung des Gesamtanspruchs klagen. Weitergehende Einzelansprüche, z. B. Zahlung von nach Stunden bemessenen Abschlägen, sofern solche vereinbart oder üblich sind, sind nicht ausgeschlossen. β. GewuKfmG. **15** 347 d (LG. I Berlin). Wird der Kolonnenführer für die Lohnzahlung ausgeschaltet (Berechnung der erarbeiteten Akkordsumme durch den einzelnen Arbeiter, Auszahlung im Lohnbureau nicht nach Verabredung mit der Kolonne, sondern gemäß den Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer selbst), so besteht lediglich ein Individualanspruch des letzteren. **f)** **Die gesetzliche Regelung der Akkordarbeiten.** Hierüber hat der Verbandstag des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte Köln 15.—17. September 1910 beraten. Die Verhandlungen waren vorbereitet durch Vorberichte von Wölbling, GewuKfmG. **15** 279, und Wissell, ebenda 364. In der Verhandlung (Verhandlungsbericht GewuKfmG. **16** 25 ff., 927) wurden besonders folgende Punkte besprochen: 1. Die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung der Akkordarbeit wurde allgemein

anerkannt und nur von Riemann (GewuKfmG. **16** 110) bestritten. — 2. Allgemein wurde auch die Feststellung verlangt, daß der Akkordvertrag ein Dienstvertrag und kein Werkvertrag sei. — 3. Streitig blieb die Frage nach der Erfolghaftung des Arbeiters. Zwar wurde allgemein anerkannt, daß der Arbeiter nicht wie beim Werkvertrag an sich für den Erfolg hafte. Es wurde aber trotzdem auf der einen Seite von Wölbling und insbesondere von Hömann (101) betont, daß der Arbeitgeber eine schlechte Arbeit nicht abzunehmen und zu bezahlen brauche und daß der Schaden direkt vom Lohne abgezogen werden könne. Hiergegen sprachen sich Wissell (106 u. 119), Körsten (112) und Goldschmidt (114) aus. Nach ihnen soll zwar die Haftung des Arbeiters für sein Verschulden nicht ausgeschlossen werden, aber deshalb dürfe der Lohn nicht gekürzt oder einbehalten werden; es könne dem Arbeitgeber nur überlassen bleiben, den Schaden so geltend zu machen, wie gegenüber fremden Personen. — 4. Ausschluß der Kündigung bis zur Beendigung des Akkordes wurde von Hömann (103) verlangt. Hiergegen Wissell (108). — Hinsichtlich des Gruppenakkordes (Kolonne) vertraten Wölbling (95) und Hömann (104) den Standpunkt, daß der Kolonnenlohn gemeinschaftlich sei und daß der einzelne kein selbständiges Klagerecht für seinen Lohnanteil habe. Hiergegen Wissell (109), Körsten (112).

II. Zustandekommen und Anfechtung des Dienstvertrags 1. OLG. **20** 195, R. **10** Nr. 1522 (Colmar). Zustandekommen des Verpflegungsvertrags (Dienstvertrags) durch Inanspruchnahme und Übernahme der Krankenhausbehandlung.

2. Anfechtung. **a)** KfmGJ. **2** 190 Nr. 21 (KfmG. Berlin). Der Dienstberechtigte kann den Vertrag nicht wegen Irrtums anfechten, weil die Angestellte bei ihrer Anstellung auf die Frage, ob sie ehrlich sei, eine bejahende Antwort gegeben hatte. Aus der Tatsache allein, daß die Angestellte vor mehr als 2 Jahren wegen Diebstahls zu einer geringfügigen Gefängnisstrafe verurteilt worden ist, folgt nicht, daß sie zur Zeit noch unehrlich ist. **b)** KfmGJ. **2** 190 Nr. 22 (KfmG. Berlin). Keine Anfechtung wegen Vorbestrafung. Ohne Aufforderung ist der Angestellte, abgesehen von Fällen, wo er schwere Ehrenstrafen erlitten hat und in Vertrauens- oder Repräsentationsstellen eintreten will, nicht verpflichtet, frühere Bestrafungen aufzudecken.

III. Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag im allgemeinen. 1. Unterlassung anderweiter Dienste (s. JDR. **8** Nr. III 2, **7** Nr. III 1, **6** Nr. 4 d). **RG.** (VerZivilſ.) **72** 393, SeuffA. **65** 331, DJZ. **10** 593. Dem Prinzipale steht gegen den Handlungsgehilfen, der den übernommenen Dienst nicht antritt oder vor Ablauf der Dienstzeit verläßt, kraft Gesetzes ein klagbarer Anspruch dahin, daß er in der Zeit, während welcher er sich vom Dienste fernhält, nicht irgendeinem anderen Prinzipale Dienste leiste, nicht zu (vgl. ferner zu § 241 Ziff. 2a). Hierdurch soll aber nicht der Entscheidung tatsächlich anders liegender Fälle vorgegriffen werden in denen auf Grund ausdrücklicher oder aus den Umständen zu entnehmender stillschweigender Vereinbarung ein Anspruch des Prinzipals hergeelitet wird, dem Handlungsgehilfen die Dienstleistung bei einem bestimmten anderen Prinzipal oder in bestimmten Arten von Geschäften zu verbieten. — Vgl. hierzu die an den Plenarbeschluß sich anschließende Entsch. **RG.** BayRpflZ. **10** 336. ➞ Hierdurch ist die Entsch **RG.** **67** 4 (JDR. **6** Nr. 4 d [d ist Druckfehler] und **7** Nr. III 1 b) reprobiert worden. Red. ⟵

2. GewuKfmG. **15** 103 (GG. Chemnitz). Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt von dem gekündigten Arbeiter zu verlangen, daß er sich während der Arbeits-

stunden in den Arbeitsräumen arbeitslos aufhalte. Dieses Ansinnen bedeutet eine an sich unbillige und jedem vernünftigen Ermessen widerstreitende Zumutung an den Angestellten, der sich dieser nicht zu unterwerfen braucht. Er war vielmehr ohne weiteres berechtigt, gemäß § 324 BGB. den Vertrag sofort zu lösen, da ihm die weitere Dienstleistung unmöglich gemacht worden war, und den Lohn bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist zu fordern.

3. **RG.** JW. **10** 232. Keine Vertragspflicht des Arbeitgebers, seine Eintragung als Kaufmann im Handelsregister zu bewirken (nach § 1 Ziff. 7 GewUVG. ist diese Eintragung eine Voraussetzung der Versicherungspflicht des Betriebs, die Eintragungspflicht ist öffentlich-rechtlich).

4. Erfindungen der Angestellten (s. JDR. **8** Nr. III 4, **7** Nr. II 10, **6** Nr. 4c, **5** Nr. 5f, **3** Nr. 7a, **2** Nr. 8). SeuffA. **65** 371, SeuffBl. **10** 403 (München). Entscheidend für die Frage, wem die Erfindung des Angestellten gehört, ist, ob er zufolge des Dienstvertrags verpflichtet ist, auf Erfindungen der in Frage stehenden Art bedacht zu sein. Das wird regelmäßig anzunehmen sein für Ingenieure, die in einem Konstruktionsbureau, Chemiker, die in einem Versuchslaboratorium beschäftigt sind u. dgl. Von anderen technisch gebildeten Arbeitern dagegen wird man zwar, wenn sie eine leitende Stellung haben, verlangen können, daß sie sich über die neuesten Erfindungen und Einrichtungen des Betriebs auf dem Laufenden halten und sie im Interesse des Betriebs zur Anwendung bringen; damit ist aber nicht gesagt, daß sie vertraglich verpflichtet sind, auf Verbesserung der Fabrikationsmethoden durch selbständige Erfindungen bedacht zu sein.

5. Über Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen (s. JDR. **8** Nr. III 5, **7** Nr. II 9) vgl. oben § 273 Nr. 4.

6. Haftung des Dienstverpflichteten für anvertrautes Gut und für Fehlbeträge. **a)** Landsberger, GewuKfmG. **15** 196. Es sind zwei Arten von Dienstverträgen in diesem Zusammenhange zu unterscheiden: 1. Bei mandatsähnlichen Dienstverhältnissen, Interessenvertretungen (§§ 675, 667 BGB.) haftet der Dienstverpflichtete für den Verlust schlechthin. Den Entschuldigungsnachweis hat der Arbeitnehmer zu führen. 2. Bei Handdienstverträgen (vgl. ALR. I. 11) haftet der Dienstverpflichtete im Falle des Verlustes nur bei Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB.). Die Beweislast trifft hier den Arbeitgeber. **b)** GewuKfmG. **16** 220 (GG. Charlottenburg). Der Arbeitnehmer als Bote haftet für den Verlust von Gegenständen, die ihm zum Transport übergeben sind, nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit. **c)** Neumann, KfmGJ. **2** 157 ff. Der Filialleiter haftet für Fehlbeträge nur, wenn ihm ein Verschulden nachgewiesen wird. Der Filialleiter ist in der Regel nur Besitzdiener und hat keine Herausgabepflicht, da er nichts an sich nehmen darf. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn der Filialleiter die Verwaltung völlig selbständig führt und die Haftung für den Bestand des Lagers vertraglich übernommen hat; in diesem Falle muß er den Nachweis seiner Schuldlosigkeit führen. **d)** KfmGJ. **2** 277 (KfmG. Berlin). Der Filialist, der ein so niedriges Gehalt bezieht, daß es außer Verhältnis zu seiner Leistung steht, haftet für unstreitig festgestellte Fehlbeträge nur, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen wird.

7. Mangelhafte Arbeitsleistung und verschuldete Verhinderung bei Akkord- und Zeitlohn. **a)** Elster, DJZ. **10** 801, bespricht die Rechtsbehelfe, welche dem Arbeitgeber im einzelnen zustehen. Beim Akkordvertrag ist analoge Anwendung der Vorschriften über den Werkvertrag vielfach geboten, beim Zeitlohnvertrage dagegen unzulässig, hier genügen die Vorschriften über den Dienstvertrag und die allgemeinen Rechtsbehelfe. **b)** Elster, Gewu.

KfmG. **16** 3 f., bespricht die Fälle verschuldeter Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und die Anwendbarkeit der §§ 325, 823 BGB.

IV. Einzelne Vertragstatbestände. 1. Vertrag mit Arzt (s. JDR. **8** Nr. IV 1, 2, 3, **7** Nr. II 1, **5** Nr. 6 a, **4** Nr. 4 a, **3** Nr. 6 a, **2** Nr. 6 a, **1** Nr. 1 e, f). **a)** Erfüllungsort für Honorarzahlung s. oben § 269 Nr. 3 c. **b)** Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung s. unten § 677 Nr. II.

2. Vertrag mit Rechtsanwalt (s. JDR. **8** Nr. IV 1, 4, **7** Nr. II 1, **6** Nr. 5 a, **5** Nr. 6 b, **4** Nr. 4 c, **3** Nr. 6 c, **2** Nr. 8 c, **1** Nr. 3). **a)** Persönliche Dienstleistung. OLG. **20** 197 (Hamm). Der Anwalt hat gemäß § 613 die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Er haftet gemäß § 278 für den von der Justizverwaltung bestellten Generalsubstituten. **b)** Haftung des Anwalts für Auskunft in Prozessen und Gutachten. *Ambrunn, Die zivilrechtliche Haftung für Auskunftserteilung (s. zu § 676 Ziff. I u. II 1). Im Anschluß an Lotmar und Friedländer (Komm. z. RAO.) wird unterschieden: bei Führung von Rechtssachen, Vertretung und Verbeistandung bei Behörden, Gerichten, insbes. Prozeßführung zc., liegt dienstvertragsähnlicher Anwaltsvertrag vor. Es wird die Vergütung für die Arbeitsleistung als solche versprochen, aber (gegen Friedländer) kein Dienstvertrag nach § 675 BGB. Haftung daher nach den Vorschriften über den Dienstvertrag: §§ 611 ff. Dagegen bei Abfassung von Gutachten, Ratserteilung in konkreten Fällen zc. liegt werkvertragsähnlicher Anwaltsvertrag vor; denn es wird nach Absicht der Kontrahenten die Vergütung für die Herstellung eines durch Arbeit zu erreichenden Erfolges geschuldet. Bei mangelhafter Ratserteilung kommt § 635 BGB. in Anwendung. Hier verjährt gemäß § 638 BGB. der Schadensersatzanspruch bereits in 6 Monaten. ➺ Die weiteren Ausführungen (37, 38) bezüglich der 30 jährigen Verjährung bei Annahme des Dienstvertrags sind dadurch hinfällig geworden, daß das Gesetz v. 22. Mai 1910, betr. Änderungen der Rechtsanwaltsordnung, der RAO. einen neuen Paragraphen als § 32 a hinzufügt, welcher bestimmt: „Der Anspruch der Partei auf Schadensersatz aus dem zwischen ihr und dem Rechtsanwalte bestehenden Vertragsverhältnisse verjährt in 5 Jahren". Damit ist der in meiner Arbeit ausgesprochene Wunsch nach gesetzlicher anderweitiger Regelung der Verjährung aus den Verträgen zwischen Anwalt und Mandant in befriedigender Weise erfüllt. ⇜ **c)** Haftung für culpa in contrahendo? KGBl. **10** 117 (KG.). Der Anwalt, welcher mit der Führung eines Prozesses beauftragt wird, hat nicht die Verpflichtung, den Mandanten auf die Aussichtslosigkeit des Prozesses hinzuweisen. Schuldner im Sinne des § 276 wird der Anwalt erst durch die Annahme des Auftrags. Das angebliche Unterlassen des Hinweises auf die Aussichtslosigkeit des Prozesses enthält keine bei Ausführung des Auftrags begangene Fahrlässigkeit. Die Schriftleitung der KGBl. wendet sich energisch gegen diese Entscheidung und bemerkt, daß die Übernahme einer aussichtslosen Vertretung durch einen Anwalt ohne Hinweis auf die Aussichtslosigkeit — falls sie nicht sogar den guten Sitten widerspricht und deshalb Rechtsverbindlichkeiten auf seiten des Mandanten nicht erzeugen kann — jedenfalls den Anwalt dem Mandanten gegenüber schadensersatzpflichtig macht und dadurch den Honoraranspruch des Anwalts beseitigt. — ➺ Würde die Rechtsprechung sich nicht noch immer gegen die Annahme einer culpa in contrahendo sträuben, so wäre an der Schadensersatzpflicht nicht zu zweifeln. Vgl. hierzu oben § 276 Nr. 4 b. Red. ⇜ **d)** Kenntnis der „herrschenden Ansicht" und der in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des RG. **RG.** JW. **10** 294 Nr. 35, WarnE. **3** 184, R. **10** Nr. 1226. Ein Rechtsanwalt, der sich bewußt ist oder sich bewußt sein muß, daß er mit seiner wenn auch später als objektiv unrichtig erkannten Rechtsansicht sich im Widerspruche mit der sog. herrschenden Meinung

und mit einer bekannten Entscheidung des RG. befindet, handelt fahrlässig, wenn er nicht bei seinen Maßnahmen (Einhaltung einer Frist), soweit möglich, auf die herrschende Ansicht Rücksicht nimmt. Hinsichtlich der Kenntnis der Rechtsprechung des RG. ist von einem Anwalte für gewöhnlich jedoch nicht mehr zu verlangen, als daß er die in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des RG. kennt oder sich über sie unterrichtet. **e)** Haftung bei Prozeßführung. Einzelfälle. α. **RG.** R. **10** Nr. 293. Wenn ein Rechtsanwalt für seinen Auftraggeber eine Klage erhoben hat, die er nach den Angaben seines Auftraggebers für begründet halten konnte und er dann von der Erhebung einer weiteren sich als möglich erweisenden, auf dasselbe Ziel gerichteten, aber gegen einen anderen Beklagten anzustellenden Klage absieht und von der Möglichkeit der weiteren Klage seinem Auftraggeber keine Mitteilung macht, so ist darin nicht ohne weiteres eine Fahrlässigkeit zu finden, namentlich dann nicht, wenn zu befürchten war, daß der bereits erhobenen Klage ein Einwand aus der neuen Klage entgegengesetzt werden könne. Dies gilt auch dann, wenn die neue Klage einer kurzen Verjährung unterliegt. β. **RG.** JW. **10** 332, R. **10** Nr. 3317. Wenn auch der Rechtsanwalt den Auftrag durch Entgegennahme der Vollmacht erst am Tage vor der Versteigerung angenommen hat, so gereicht ihm trotzdem die Nichteinsicht der Akten zum Verschulden. Sache des Anwalts war es, wenn er dies zur Akteneinsicht für zu spät erachtete, den Vertragsantrag abzulehnen. γ. SächsOLG. **31** 354, SächsRpflA. **10** 139 (Dresden). Haftung des Rechtsanwalts für sorgfältige Ausführung der Einklagung zweier Wechsel in einem Prozesse. δ. HansGZ. **10** Beibl. 292 (Hamburg). Keine Fahrlässigkeit eines Anwalts, welcher in einem nach § 930 BGB. zur Sicherung eines Darlehens mit dem Schuldner abgeschlossenen Eigentumsübertragungsvertrage das Rechtsverhältnis nicht klar und bestimmt genug zum Ausdrucke gebracht hat. **f)** Beweislast bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung eines Rechtsmittels. α. Öhlert, SeuffBl. **08** 740. Es ist gegen den Rechtsanwalt der günstige Ausfall des versäumten Rechtsmittels zu unterstellen und der Rechtsanwalt haftbar, sofern er nicht beweist, daß die Entscheidung in der oberen Instanz keine Änderung erfahren hätte. β. Ebenso SeuffBl. **10** 153 (Zweibrücken). γ. Hiergegen wendet sich Josef, SeuffBl. **10** 20, welcher zu folgendem Ergebnisse gelangt: „Hat der Rechtsanwalt die ihm aufgetragene Einlegung eines Rechtsmittels versäumt, so muß die Partei, wenn sie von ihm dieserhalb Ersatz dessen verlangt, was sie infolge der unangefochten gebliebenen Entscheidung bezahlt oder eingebüßt hat, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beweisen, daß das Rechtsmittel Erfolg gehabt hätte; und das über den Schadensersatzanspruch urteilende Gericht hat anzunehmen, daß die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts im Vorprozesse so ausgefallen wäre, wie das über den Schadensersatzanspruch urteilende Gericht in diesem neuen Prozeß urteilen würde. Das gilt auch dann, wenn der Rechtsanwalt zur Einlegung des Rechtsmittels angeraten hat". — Ebenso BuschsZ. **40** 491 (Colmar). — δ. Schmitt, SeuffBl. **10** 282, vermittelt zwischen den von Öhlert und Josef vertretenen Meinungen, indem er es nach § 252 für genügend erachtet, wenn die Partei nachweist, daß nach den bestehenden Gesetzen, den vorhandenen Beweismitteln, nach der herrschenden Ansicht oder nach der konstanten Rechtsprechung des Rechtsmittelgerichts mit Wahrscheinlichkeit ein Erfolg des versäumten Rechtsmittels zu erwarten gewesen wäre. Hat der Rechtsanwalt zur Einlegung des Rechtsmittels geraten, ohne die Verantwortlichkeit für seinen Rat auszuschließen, so haftet er schlechtweg (§ 676). **g)** Die Handakten des Anwalts. α. Landau, Das Recht an den Handakten eines Rechtsanwalts, SeuffBl. **10** 547 ff. Das Recht an den Handakten ist ein Recht der Persönlichkeit, kein Vermögensrecht, kein Eigentum. Die Frage, wem z. B. das Recht zusteht, Teile der Handakten zu veröffentlichen,

ist eine Urheberrechtsfrage. Landau erörtert weiter, wer nach dem Tode des Auftraggebers die Herausgabe der Handakten verlangen kann, und ob bei Lebzeiten des Auftraggebers dritte Personen, wie Zessionar, Bürge, Konkursverwalter, Vormund oder Pfleger, dieses Recht haben. Beide Fragen sind identisch mit der Frage, wie weit sich die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts erstreckt. β. SeuffA. **65** 469, OLG. **20** 220, HansGZ. **10** Beibl. 149, R. **10** Nr. 1542 (Hamburg). Der Anspruch der Partei auf Herausgabe der Handakten (§ 32 RAO.) ist nicht dinglich (Eigentum), sondern obligatorisch auf Grund des Dienstvertrags (§ 667). Er gehört zur Konkursmasse (§§ 1, 6 KO.). γ. SeuffA. **65** 469, OLG. **20** 220, HansGZ. **10** Beibl. 149 (Hamburg). Der Anwalt kann sein Zurückbehaltungsrecht nach § 32 RAO. auch gegenüber dem Konkursverwalter geltend machen. Der Anwalt ist sodann zur Herausgabe Zug um Zug zu verurteilen (§§ 274, 322).

3. Notar. Amtspflicht oder Vertrag? (s. JDR. 8 Nr. IV 5 und 6 a, **7** Nr. II 1 und IV 1, **6** Nr. 5 a, **5** Nr. 6 b, **3** Nr. 6 e, **2** Nr. 6 c). **a)** Rausnitz, DJZ. **10** 956. Der Notar haftet seinem Auftraggeber nur als Beamter und nicht außerdem aus einem Dienstvertrage. Sein sog. Auftraggeber ist in Wirklichkeit der Antragsteller, der seine amtliche Tätigkeit anruft. Zwischen dem Antrag an das Gericht, eine Urkunde aufzunehmen und dem gleichen Antrag an den Notar besteht kein rechtlicher Unterschied. **b)** Kraft, RheinA. **108** 19 ff. (39 ff.). Der Notar haftet, soweit es sich um seine Amtstätigkeit handelt, seinem Auftraggeber nur als Beamter (§ 839), nicht aus einem Vertrage; soweit es sich um Berufsgeschäfte handelt, nur aus dem Vertrage (§§ 675, 611). Die Erteilung von Rat und Auskunft ist reines Berufsgeschäft, daher Haftung im Falle der Entgeltlichkeit gemäß §§ 611 ff., im Falle der Unentgeltlichkeit gemäß § 676. — Mit dem Beurkundungsakt ist die Amtstätigkeit des Notars zu Ende. Soweit er danach noch weiter tätig wird, verrichtet er Berufsgeschäfte (z. B. Einreichung der Urkunden). **c)** *Ambrunn, Die zivilrechtliche Haftung (s. § 676) 32. Im allgemeinen bei Aufnahme der Urkunde Haftung nur nach § 839 BGB., wird aber bei Aufnahme oder Beglaubigung einer Urkunde einem Beteiligten vom Notar Rat oder Auskunft erteilt, so kommt nur das zugrunde liegende Vertragsverhältnis in Betracht, nicht § 839 BGB. Haftung aus der Ratserteilung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. Auch wenn eine besondere Vergütung für den speziellen Rat nicht vereinbart ist, ist ein stillschweigend vereinbartes Dienstvertrags- oder Auftragsverhältnis anzunehmen. **d)** WürttJ. **22** 139 (Stuttgart). Insoweit der Notar Geschäfte vornimmt, die von einer Privatperson nicht vorgenommen werden können, vielmehr den Charakter der Urkundsperson als Beamten voraussetzen, tritt in der Stellung des Notars das öffentlich-rechtliche Moment in so überwiegender Weise hervor, daß seine Handlung ausschließlich als Amtshandlung erscheint. Läßt sich dagegen der Notar nur anläßlich einer Amtshandlung darauf ein, außerhalb seines eigentlichen amtlichen Geschäftskreises, also außerhalb seiner notariellen Beurkundungs- und Beglaubigungstätigkeit, durch Auskunftserteilung für die Parteien und in ihrem Interesse tätig zu werden, so tritt er damit zu der Partei in ein privatrechtliches Verhältnis. **e)** ElsLothJZ. **10** 540 (Colmar). Wenn auch im allgemeinen die Auskunftserteilung nicht in den Rahmen der amtlichen Tätigkeit eines Notars fällt, so ist dies doch dann anzunehmen, wenn die Auskunft im Zusammenhang und in Verbindung mit der beurkundenden Tätigkeit und aus Anlaß derselben erteilt wird.

4. Vertrag mit Notar. Einzelne Vertragspflichten. Fahrlässigkeit (s. JDR. 8 Nr. 6 b, wegen der früheren Jahrgänge s. oben Nr. 3). **a)** **RG.** R. **10** Nr. 663. Ein Notar, der sich bei einer Testamentsaufnahme nach der zur Zeit herrschenden Rechtsansicht richtet, handelt nicht fahrlässig, wenn infolge einer späteren gegenteiligen rechtlichen Auffassung das

Testament sich als unwirksam erweist. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 2971. Wird von dem Gläubiger einer einem Dritten verpfändeten Hypothek für eine nachstehende Hypothek der Vorrang eingeräumt und demnächst von dem Pfandgläubiger der Hypothekenbrief dem Notar überreicht, so handelt dieser fahrlässig, wenn er, obschon er das Pfandrecht des Dritten kennt, sich nicht vergewissert, daß dieser Dritte mit der — sein Pfandrecht entwertenden — Rangänderung einverstanden ist. **c)** **RG.** R. **10** Nr. 661. Wenn ein Notar beauftragt ist, die auf einem verkauften Hause lastende Hypothek zur Löschung zu bringen, er aber weiß, daß die Hypothek auch noch auf anderen Grundstücken lastet, so handelt er fahrlässig, wenn er ein von seinem Schreiber gewähltes Formular mit dem vorgedruckten Satze: „Sollte die Hypothek noch auf anderen Grundbuchstellen eingetragen sein, so werde die Löschung auch dort bewilligt und beantragt" unterschreiben läßt, ohne klarzustellen, ob wirklich die Hypothek auf allen damit belasteten Grundstücken gelöscht werden sollte. Der Notar hätte Rückfrage halten müssen, was eigentlich von den Beteiligten beabsichtigt war. **d)** **RG.** ElsLothNotZ. **10** 86 (in Bestätigung von OLG. Cöln). Der Notar, der in der Urkunde selbst den Antrag des Vertragschließenden an das Grundbuchamt aufnimmt, auch eine Benachrichtigung an den Notar zu senden, übernimmt hiermit vertraglich die Pflicht, die Benachrichtigung zu prüfen. **e)** RheinAKV. **09** 200 (Cöln). Vertragshaftung des Notars für fahrlässige Prüfung der Identität der Erschienenen. **f)** KGBl. **10** 55 (KG.). Keine Belehrungspflicht des Notars, der eine Abtretungserklärung über den Geschäftsanteil einer GmbH. beurkundet, daß der auswärts wohnende, nicht erschienene Käufer die Annahme dieser Erklärung gerichtlich oder notariell tätigen müsse.

5. Gerichtsvollzieher (s. JDR. **8** Nr. IV, **7** Nr. IV 2, **6** Nr. 5 b). **a)** Kraft, RheinA. **108** 19 ff. (58 ff.). **b)** **RG.** WarnE. **3** 14. Der Gerichtsvollzieher ist nicht verpflichtet, außer im Falle des § 820 ZPO., den Zuschlag wegen zu niedrigen Gebots zu versagen.

6. Vertrag mit Bankier (s. JDR. **8** Nr. IV 8) s. unten § 676.

7. Bühnenengagementsvertrag (s. JDR. **8** Nr. IV 10, **3** Nr. 6 d, **1** Nr. 1 b, c). **a)** Kohler, DJZ. **10** 52 ff. Der als Schauspieler usw. engagierte Künstler hat kein Recht darauf, daß er auftreten und spielen darf. Er kann nur, wenn er nicht genügend beschäftigt wird, daraus einen Grund entnehmen, das Dienstverhältnis zu kündigen. **b)** **RG.** GewuKfmG. **16** 249, WarnE. **10** 452, R. **10** Nr. 4073. Wenn der Dienstverpflichtete auch regelmäßig nur einen Anspruch auf Vergütung hat, so ist doch ein Anspruch auf Annahme der Dienste auf Grund eines Dienstvertrags nicht schlechthin zu verneinen, sondern kann ausnahmsweise aus den Umständen des gegebenen Falles entnommen werden, so insbesondere bei Bühnenengagementsverträgen. Jedenfalls ist ein Anspruch des Dienstverpflichteten auf Beschäftigung, auf Annahme seiner Dienste zu bejahen, wenn dem Dienstverpflichteten ein Recht, in bestimmter Weise beschäftigt zu werden, vertragsmäßig zugesichert ist. **c)** Stadelmann 22. Wenn ein Schauspieler für längere Zeit (Monat, Saison, Jahr usw.) engagiert ist, muß man dieses Verhältnis regelmäßig als Dienstvertrag ansehen, einerlei, ob die Vergütung nach Zeit oder für jede einzelne Vorstellung gezahlt werden soll. In letzterem Falle tritt aber die schauspielerische Einzelleistung zurück hinter der durch den Vertrag geschaffenen Bindung der künstlerischen Arbeitskraft des Schauspielers. Ist dagegen der Künstler für einzelne, der Zahl und Art nach bestimmte Vorstellungen engagiert, so ist dieser Vertrag in der Regel als Werkvertrag zu charakterisieren.

8. Impresariovertrag. **a)** Stadelmann 17, 32. Der Impresariovertrag ist ein Vertrag, durch den der eine Teil (der Impresario) einem Vor-

stellungsunternehmer gegenüber verspricht, daß ein Dritter (nämlich der Künstler) in einer von jenem veranstalteten Vorstellung mitwirken werde. Gegenstand der Obligation des Impresario bildet also eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, den Künstler zu der in dem Vertrage bezeichneten Vorstellung zu veranlassen. Es liegt also hier ein Vertrag vor, der unter die allgemeine Kategorie der Arbeitsverträge gehört. Die von dem Impresario übernommene Verbindlichkeit kann nun eine doppelte Bedeutung haben. Einmal kann sie darauf gerichtet sein, daß der Impresario sich verpflichtet, nach Kräften dafür zu sorgen, daß der Künstler in der bezeichneten Weise tätig wird, andererseits kann er aber auch nach dem Vertrage verbunden sein, unter allen Umständen dafür einzustehen, daß der Künstler in der verabredeten Weise tätig wird. Im ersten Falle hat der Impresario lediglich „eine Tätigkeit als solche ohne Rücksicht auf den Erfolg" versprochen; im letzteren Falle ist er dagegen zur Herstellung eines durch seine Tätigkeit herbeizuführenden Erfolges verpflichtet. In diesem Falle haben wir es also gemäß der im § 631 Abs. 2 BGB. enthaltenen Definition mit einem Werkvertrage zu tun, während wir in jenem einen Dienstvertrag anzunehmen haben. Wenn der Impresario, wie dies in der Praxis fast stets zu geschehen pflegt, die Vorstellung des Künstlers schlechthin verspricht, so ist dies meist dahin auszulegen, daß der Impresario dafür einzustehen hat, daß durch seine Tätigkeit ein Erfolg, nämlich die Vorstellung des Künstlers, herbeigeführt wird und daß, wenn dieser Erfolg nicht eintritt, er regelmäßig den Anspruch auf die versprochene Vergütung verliert. **b)** OLG. **20** 196 (Hamburg). Der Geschäftsführer einer Theatergesellschaft kann wirksam im eigenen Namen mit Künstlern einen Engagementsvertrag schließen. Durch diesen Vertrag erwirbt der Geschäftsführer die Möglichkeit, dem von ihm geleiteten Institute die Dienstleistungen der Künstler zu verschaffen und hat als Gegenleistung seinerseits den Künstlern die Vergütung zu zahlen, und ihnen die Gelegenheit zu gewähren, sich an dem Theater künstlerisch zu betätigen.

9. Verpflegungsvertrag (s. JDR. **7** Nr. IV 7, **6** Nr. 5 h). **a)** S. oben Nr. II 1. **b)** Reichel, Charlotte, Der Dienstvertrag der Krankenpflegerinnen unter Berücksichtigung der sozialen Lage (Jena, G. Fischer) s. unten § 617.

10. Fernsprechnebenanschluß. Rechte und Pflichten, Kündigung. **a)** Laubhardt, R. **10** 548. Der Vertrag zwischen Haupt- und Nebenteilnehmer ist ein Dienstvertrag. 1. Zu der Dienstleistung, d. h. zur Umschaltung, ist der Hauptteilnehmer verpflichtet. Er braucht nichts zu tun, was ihn schädigt, muß aber im übrigen Maßregeln treffen, die verhindern, daß für den Nebenteilnehmer die Sprechmöglichkeit aufgehoben oder erheblich vermindert wird. Er muß also z. B., ehe er verreist, den Apparat umschalten. Ebenso darf der Nebenteilnehmer den Anschluß nur so benutzen, daß dadurch für den Hauptteilnehmer die Möglichkeit und Gelegenheit zum Sprechen nicht ungebührlich verkürzt wird. 2. Der Dienstvertrag gilt als auf so lange Zeit geschlossen, wie der Nebenanschluß besteht. Die Kündigungsfristen des BGB. sind ausgeschlossen. Für die Kündigung des Nebenteilnehmers gilt, daß sie dem Hauptteilnehmer so lange vor Beginn der Kündigungsfrist zugegangen sein muß, daß er diese dem Amte gegenüber noch innehalten kann. Der Hauptteilnehmer andererseits hat dem Nebenteilnehmer mindestens so lange vorher, wie das dem Amte gegenüber geschehen muß, anzuzeigen, daß er gekündigt hat oder kündigen werde; sonst ist er nach § 325 schadensersatzpflichtig. **b)** Laubhardt. Die Beziehungen zwischen dem Nebenteilnehmer und dem Amte beruhen lediglich auf öffentlichem Rechte. Ein Privatrechtsverhältnis besteht zwischen beiden nicht.

§ 612. I. Zu Abs. 1. Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienste. 1. Nachträgliche Vereinbarung einer Vergütung keine Schenkung. **a)** **RG. 72** 188, JW. **10** 13. Die nach-

trägliche Gewährung eines Honorars an den Beauftragten für die von ihm zunächst unentgeltlich übernommenen Dienste (§ 662) kann sich als belohnende Schenkung darstellen. Es müssen dann aber beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sein. Dies liegt nicht vor, wenn der Auftraggeber dem anderen nicht einen Dank erweisen, sondern seine Dienste mit den versprochenen Beträgen bezahlen will und der andere im gleichen Sinne die Versprechungen annimmt. **b)** Ebenso **RG. 74** 139 (142).

2. **RG. 74** 139, R. **10** Nr. 2979. Das geschwisterliche Verhältnis der Beteiligten zueinander allein und der Umstand, daß es sich um Dienste handelt, die ohne dieses Verhältnis nicht übernommen worden wären, lassen auf eine unentgeltliche Übernahme der Dienste noch nicht schließen. Wenn im gegebenen Falle die Mitwirkung der Frau v. B. als wesentlich zur Erreichung des vom Beklagten erstrebten Erfolges erschien und wenn Frau v. B. davon unterrichtet war, daß dem Beklagten beim Gelingen seines Planes eine reichliche Provision zufallen sollte, dann spricht die Sachlage durchaus für die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung aus der Provision und gegen eine Schenkung.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1090. Die öffentlich-rechtliche Unfallversicherung bildet nicht einen Entgelt für die geleistete Arbeit, sondern eine Entschädigung für die aus den Gefahren des Betriebs dem Arbeiter erwachsenden nachteiligen Folgen. Auch bilden weder die vom Arbeitgeber aufzubringenden, an die Berufsgenossenschaft abzuführenden Beiträge noch die von der Berufsgenossenschaft dem verletzten Arbeiter zu zahlende Entschädigung eine aus dem Arbeitsvertrage geschuldete Vergütung. Ein privatrechtlicher Anspruch darauf ist nicht gegeben; jede vertragsmäßige Beschränkung der Rechte des Versicherten, jede Anrechnung der Beiträge auf den Lohn ist verboten.

4. R. **10** Nr. 2522 (Hamburg). Eine staatliche oder städtische Feuerwehr kann, wenn ihre Leistungen über den Rahmen des Feuerschutzes hinausgehen, Vergütung beanspruchen. Hat z. B. eine Feuerwehr zum Schutze eines Wollagers eine Wache gestellt, welche durch Feuersgefahr nicht bedingt war, so ist den Umständen nach anzunehmen, daß sie diese Dienste nicht unentgeltlich leisten wollte.

5. Stillschweigende „Vereinbarung"? **a)** *Titze, Lehre vom Mißverständnis 484 Anm. 39. Das „gilt" des § 612 hat nur die Bedeutung einer im Zweifel Platz greifenden Auslegung des Dienstvertrags. Daraus folgt, daß die Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung stets eine vertragliche Folge, eine Folge der abgegebenen Erklärung ist, woraus sich weiter ergibt, daß derjenige, der sich Dienste in der Meinung versprechen läßt, sie würden ihm unentgeltlich geleistet werden, während die nach § 612 vorzunehmende Auslegung der Erklärung diese Meinung nicht rechtfertigt, den Dienstvertrag mit der Begründung anfechten kann, daß die für ihn entstandene Verpflichtung zur Lohnzahlung von ihm nicht gewollt gewesen sei (aM. Manigk, JDR. **6** Nr. 1 a, ferner Jacobsohn, s. b). **b)** *Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329 ff. (383, 387). Ohne Bedeutung ist die Berufung darauf, man habe dem Arbeitnehmer keine Vergütung oder nur eine geringere Vergütung zahlen wollen. Der Wirkung dieser Norm kann nicht durch Anfechtung begegnet werden. Darin offenbart sich der Rechtsgedanke: „Jede gewerbliche Betätigung ist ihres Lohnes wert", ein Gedanke, der insofern auch für ausdrückliche Lohnvereinbarungen gilt, wenn diese wegen Irrtums angefochten oder aus anderen Gründen nichtig sind, alsdann der übliche Lohn als vereinbart zu gelten hat.

6. Das Recht der Tantiemen und Gratifikationen. **a)** Hierüber hat der Verbandstag des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, Cöln 15.—17. Sept. 1910, verhandelt (Verhandlungsbericht Gewu.

KfmG. **16** 136 f.). a) Grünfeld, ebenda 144, stellt folgende Leitsätze auf: Gratifikationen sind im allgemeinen an eine Frist gebundene Belohnungen; eine nicht versprochene Gratifikation kann nicht beansprucht werden. Werden Gratifikationen regelmäßig gegeben, so begründen sie einen Anspruch auch für die Zukunft. Gezahlte Gratifikationen können ohne grobe Pflichtverletzung nicht zurückgefordert oder aufgerechnet werden. Ein Teilanspruch auf fest zugesagte Gratifikation besteht nur, wenn dieselbe einen wesentlichen Teil des Einkommens bildet (mehr als ein Monatsgehalt) und sofern angenommen werden kann, daß die Bindung an den Termin nicht durch besonders erhöhte Leistungen bedingt ist. — Tantiemen sind zu einer bestimmten Frist fällige Anteile vom (steuertechnischen) Reingewinne. Sie sind auch für Teilzeiten zu berechnen, aber auch dann erst nach Ablauf der Frist zahlbar. Das Gegenteil kann nur vermutet werden bei Angestellten, deren Tätigkeit auf das Gewinnergebnis keinen Einfluß haben kann und falls die Höhe der Tantieme im Vergleiche zum Gesamteinkommen unbedeutend ist. Der Angestellte hat Anspruch auf durch Untersagung von zuständigen Dienstleistungen entgangenen Gewinn. b) Borchardt, ebenda 146, stellt über die Gratifikationen folgende Leitsätze auf: 1. Die Gratifikation ist niemals ein Geschenk, sondern bedeutet ein Entgelt für nicht vertraglich in ihren Einzelheiten festgelegte Leistungen des Handlungsgehilfen. 2. Die Rechtsprechung über die Gratifikation entbehrt der Einheitlichkeit und macht daher die durch Gratifikationen gewährte Entschädigung für geleistete Arbeit zu einem unsicheren Bestandteile des Einkommens. 3. Es ist anzustreben, für die vertraglichen oder ortsüblichen Leistungen des Handlungsgehilfen die Entschädigung nur in Form eines festen Gehalts zu gewähren. Geleistete Mehrarbeit ist nicht durch Geschenke, sondern durch feste Gehaltszuschläge (Bezahlung von Überstunden oder Gehaltserhöhung) zu entlohnen. 4. Bei einer gesetzlichen Neuregelung des Rechtes der Gratifikationen wird unzweifelhaft festzulegen sein, a) daß die vertraglich vereinbarte Gratifikation auch anteilig einklagbar ist, b) daß die nicht auf Grund vertraglicher Vereinbarung gewährte Gratifikation nicht als Geschenk gilt und nicht zurückgenommen werden kann, c) daß die ohne vertragliche Vereinbarung mehrere Male hintereinander gewährte Gratifikation einen Anspruch für die Zukunft begründet, d) daß entgegenstehende Vereinbarungen nichtig sind. — Über die Tantiemen stellt er folgende Leitsätze auf: 1. Die Gewinnbeteiligung der Angestellten als einziges Entgelt für geleistete Arbeit ist zu verwerfen, da damit das geschäftliche Risiko des Unternehmers dem nur seine Arbeitskraft als Wirtschaftskapital besitzenden Angestellten zum größten Teile übertragen wird. 2. Das heutige Recht der Tantiemen verhindert nicht, daß die zugesicherte Tantieme als Anlaß zur geringen Bemessung des festen Gehalts benutzt wird. 3. Eine Gewinnbeteiligung der Angestellten erscheint nur dann einwandfrei, wenn mit ihr ein auskömmlich bemessenes Gehalt verbunden und damit die Wirtschaftsführung des Angestellten sichergestellt ist. — c) Landsberger, ebenda 136, erörtert das Recht der Gratifikationen an der Hand von Gerichtsentscheidungen, im wesentlichen mit den anderen Referenten übereinstimmend. **b**) Ist die Gratifikation Vergütung? α. Neumann, KfmGJ. **2** 137 f. Die Gratifikationen sind keine Schenkungen, sondern stets Gegenleistungen, gleichviel, ob sie vorher ausbedungen oder ohne Zusage gewährt worden sind. Werden Gratifikationen regelmäßig gegeben, so begründen sie einen Anspruch auch für die Zukunft (148). β. Gewu. KfmG. **16** 18 f. (LG. Chemnitz). Die Gratifikationen oder die Tantieme ist nicht als Schenkung aufzufassen, sondern als ein Teil der Vergütung für die vertragsmäßigen Dienstleistungen. γ. KfmGJ. **2** 249 Nr. 118 (KfmG. Berlin). Die Weihnachtsgratifikation bildet einen Bestandteil der Vergütung, wenn sie der Prinzipal in der Absicht, sich zu verpflichten, versprochen hat. **c**) Anspruch auf die Gratifikation (Teilbetrag) bei vorzeitiger Beendi-

gung des Dienstvertrags. α. Neumann, Ausgestaltung des Dienstvertrags im Wege der Rechtsprechung an einigen Beispielen erläutert, KfmGJ. 2 137 f. Bei vorzeitigem Austritte, gleichviel aus welchem Grunde, steht dem Angestellten ein Teilanspruch auf die Gratifikation nicht zu (140). Auch der Widerruf und die Rückforderung der gewährten Gratifikation ist, selbst wenn sie als Schenkung anzusehen wäre, ausgeschlossen. Die Gratifikationen sind jedoch richtiger Ansicht nach keine Schenkungen, sondern stets Gegenleistungen (vgl. oben Nr. b α). β. KfmGJ. 2 250 Nr. 121 (KfmG. Berlin). Der Angestellte hat auf die Weihnachtsgratifikation nur Anspruch, wenn er noch über Weihnachten hinaus in seiner Stellung ist. γ. Ebenso KfmGJ. 2 251 Nr. 122. δ. Dagegen KfmGJ. 2 250 Nr. 120 (KfmG. Berlin). Bei Austritt des Handlungsgehilfen vor Weihnachten infolge Kündigung seitens des Prinzipals ist die Weihnachtsgratifikation anteilmäßig zu zahlen.

II. Abs. 2. Höhe der Vergütung. a) GewuKfmG. **15** 88 (GG. Essen). Der tarifmäßige Lohn gilt für einen nichtorganisierten Arbeiter als stillschweigend vereinbart, mindestens als ortsüblicher Lohn, weil der Arbeitnehmer mit der Vorstellung eintrat, er werde den tarifmäßigen Lohn erhalten und der Arbeitgeber wußte, daß an dem betr. Orte weitaus die große Mehrzahl der Baugeschäfte an den Vertrag für das Baugewerbe angeschlossen ist. b) GewuKfmG. **16** 7 (GG. Nürnberg). Bei Notstandsarbeiten im Bauhandwerke sind nicht die tarifmäßigen Löhne zu bezahlen.

§ 616. a) KfmGJ. 2 263 (KfmG. Berlin). Während einer 14 tägigen militärischen Übung ist das Gehalt fortzuzahlen. Die Kosten einer für diese Zeit nötigen Vertretung trägt der Prinzipal. b) Anders jedoch ebenda 2 264 Nr. 139.

§ 617. *Charlotte Reichel, Dienstvertrag der Krankenpflegerinnen (Gustav Fischer, Jena). Ist für Pflegeschülerinnen einer Anstalt die Fürsorgeverpflichtung nach § 617 gegeben? Es wird hier vielleicht nicht immer unbedingt § 617 Anwendung finden können. Es ist zu unterscheiden, inwieweit Lehr- und inwieweit wirkliches Dienstverhältnis vorliegt. Sobald die praktisch ausgeübte selbständige Tätigkeit vorwiegend wird gegenüber dem Lehrunterrichte, den die Schülerin noch genießt, wird diese, wennschon sie formell noch gewissermaßen die Stellung eines Lehrlinges einnimmt, doch wohl schon die Rechte aus § 617 für sich in Anspruch nehmen können. Diesen Zeitpunkt bezeichnen manche Häuser dadurch, daß sie von da ab ein Taschengeld gewähren oder es erhöhen, wenn ein solches von Anfang an gezahlt wurde. — Folgt man der Auffassung, daß auch der Schülerin eventuell Rechte aus § 617 zustehen, so ist es auch unstatthaft, daß wohl Verpflegung im Hause bei leichter Erkrankung zugesagt wird, etwaige Krankenhauskosten aber verweigert werden, denn die Ansprüche, die sich aus § 617 ergeben, können nach § 619 nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. In Kinderheimen und anderen Anstalten kommt das vor. Bei „Probeschwestern" wird auch in den allgemeinen Krankenanstalten gelegentlich überhaupt jede Verpflichtung im Krankheitsfall abgelehnt. — In Betracht zu ziehen ist bei Erwägung der Frage, ob dauerndes Dienstverhältnis vorliegt, daß in der Regel die Schülerin sich auf 1½ Lehrjahre und einige folgende Dienstjahre verpflichten muß.

§ 618. 1. Ist § 618 ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2)? a) OLG. **20** 190 (Hamburg). § 618 ist trotz seines sozialpolitischen Charakters kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2. Sein vertraglicher Inhalt ist das Wesentliche. Eine Verwischung der zwischen dem Vertragsrecht und dem Rechte der unerlaubten Handlungen bestehenden Grenzen würde zur Folge haben, daß für das Dienstvertragsrecht auf diese Weise § 847 gelten würde, obwohl er nach § 618 Abs. 3 als Folge der Vertragsverletzung nicht sollte geltend gemacht werden können. b) Ebenso R. **10** Ziff. 3749 (Braunschweig). Die Ansicht, daß eine jede Verletzung des § 618

Abs. 1 sich zugleich als eine unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 2 darstellt, ist unrichtig; mit ihr ist die positive Vorschrift des § 618 Abs. 3 unvereinbar. Daher findet § 847 keine Anwendung, es sei denn, daß das Verhalten des Dienstberechtigten unabhängig von § 618 eine fahrlässige Körperverletzung ist oder gegen ein anderes Schutzgesetz verstößt.

2. Abs. 3. Schmerzensgeld nach § 847? Vgl. oben Nr. 1.

3. Einzelne Fälle. a) **RG.** JW. **10** 280 Nr. 6. Haftung des Dienstherrn wegen Unfalls seiner Magd auf der Kellertreppe. Mangelnde Beleuchtung, weil eine gewöhnlich ausgeschaltete Zuschlagsvorrichtung an der Kellertreppe ausnahmsweise eingehängt war. Eigenes Verschulden der Magd? **b**) Keine Haftung des Gastwirts beim Unfall eines Angestellten auf einer noch nicht gereinigten Küchentreppe mangels eines Verschuldens, vgl. o. § 276 Nr. 5 a ζ.

§ 620. OLG. **20** 197, R. **10** Nr. 1523 (Colmar). Die Anfechtung des Dienstentlassungsgesuchs eines Beamten (Volksschullehrers) wegen Willensmängel ist zulässig.

§ 625. RG. R. **10** Ziff. 3335. Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teiles fortgesetzt, so ist mangels einer anderen Vereinbarung dem Verpflichteten für die fernere Zeit das Gehalt in der bisherigen Höhe zu zahlen, auch wenn der Umfang seiner Tätigkeit gegen früher erheblich vermindert ist.

§ 626. Literatur: Francke, Zur Kündigung aus wichtigem Grunde, ThürBl. **57** 241. — Krönig, Pekuniäre Verhältnisse als Auflösungsgrund des Dienstvertrages, GewuKfmG. **16** 252.

I. Allgemeines. 1. Kündigung „auf sofort"? — Francke. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes sind nur die Vorschriften der §§ 621 ff. über die Kündigungs fristen, nicht auch über die Kündigungs termine ausgeschlossen. Kündigung auf sofort ist dem BGB. nicht bekannt, wie auch die Gesindeordnungen Aufhebung durch Kündigen und Aufhebung für sofort gerade in Gegensatz zueinander setzen. — Bei Dienstverhältnissen mit anderer Vergütung als Zeitlohn ist — gemäß den Rechtsgedanken der §§ 629, 627 II — die Kündigung aus wichtigem Grunde auf denjenigen Zeitpunkt zu stellen, bei welchem der andere Teil nach billigem Ermessen bei gehöriger Mühe regelmäßig sich Ersatz verschaffen kann. ➼ Dieser Ansicht — bei deren Richtigkeit, wie Francke selbst hervorhebt, in Deutschland offenbar alle Jahre Tausende bittere Unbill erleiden würden, da das Gegenteil täglich von den Gerichten angenommen wird, — kann nicht beigepflichtet werden. Das BGB. hat nicht nur die fristlose, sondern auch die terminlose Kündigung im § 626 statuiert. Wenn auch der Ausdruck „Kündigung" in diesem Sinne dem allgemeinen Sprachgebrauche nicht entsprechen mag, so kann doch die Bedeutung des § 626 nicht zweifelhaft sein. Er hätte auch sonst keine erhebliche Bedeutung für den infolge des wichtigen Grundes Kündigungsberechtigten. Daß das BGB. die terminlose Kündigung kennt, ergeben die Vorschriften des § 623 (den Francke ganz übersehen hat) und auf anderen Gebieten z. B. die Vorschriften der §§ 542, 544. Red. ➼

2. Wichtiger Grund im allgemeinen. a) *Stahl (s. § 321 Nr. 1 a). Wichtig ist ein Grund dann, wenn die durch ihn geschaffene Situation dem inneren Wesen des Dienstvertrags widerspricht, so daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses mindestens einem der beiden Vertragsteile nicht mehr zugemutet werden kann; wenn also insbesondere die persönliche Freiheit des einen Teiles allzustark gefährdet oder das gegenseitige Vertrauen erschüttert ist. Es ist unzulässig, im voraus bestimmte Fälle als außerordentliche Kündigungsgründe auszuschließen. **b**) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 934, JW. **10** 577, LeipzZ **10** 622. Daß der Kündigende selbst die Umstände herbeigeführt hat, auf die er die Kündigung

stützt, schließt nicht grundsätzlich die Rechtmäßigkeit der Kündigung aus. **c)** **RG.** SeuffA. **65** 367. Von dem aus wichtigem Grunde eingetretenen Kündigungsrechte braucht nicht sofort Gebrauch gemacht zu werden. Es kommt darauf an, ob in dem Verbleiben oder Behalten im Dienste trotz des Eintritts des Kündigungsgrundes eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit zu finden ist (betrifft unmittelbar § 70 HGB.).

3. Schadensersatzansprüche. **a)** **RG.** WarnE. **3** 277. Der Vertragsteil, der unter schuldhafter Berufung auf § 626 die ungerechtfertigte Kündigung eines Vertrags ausspricht, und dadurch dem Gegner Schaden zufügt, ist nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 276 zum Ersatze dieses Schadens auch über die Vertragsdauer hinaus verpflichtet. **b)** OLG. **20** 200, R. **10** Nr. 1524 (Rostock). Der Dienstberechtigte kann deswegen allein, weil die geleisteten Dienste nicht den normalerweise zu erwartenden Erfolg haben, ebensowenig einen Schadensersatz fordern wie die Gegenleistung verweigern. Behauptet er aber, daß der Schaden durch mangelhafte Vertragserfüllung des Dienstverpflichteten entstanden sei, so macht er nicht eine sich aus der Nichterfüllung des Vertrags ohne weiteres ergebende Folge geltend, sondern er gründet seinen Anspruch außer auf den Dienstvertrag auf Tatsachen, die in objektiver und subjektiver Hinsicht als selbständige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs erscheinen, die von ihm zu beweisen sind.

II. Wichtige Gründe im einzelnen. **a)** Verheiratung einer weiblichen Dienstverpflichteten (Künstlerin). **RG.** GruchotsBeitr. **54** 934, JW. **10** 577, R. **10** Nr. 1934, 1935. Unrichtig ist, daß die Verheiratung einer weiblichen Dienstverpflichteten überhaupt nicht einen Kündigungsgrund bilden könne. Es kommt immer auf den Einzelfall an. So ist eine Kündigung seitens einer Künstlerin aus dem Grunde ihrer Verheiratung dann unstatthaft, wenn sie vertraglich ausgeschlossen ist. Auf das Verbot des Ehemanns, ferner auf der Bühne tätig zu sein, kann sich die Künstlerin nicht berufen. **b)** Kunstfehler des Kassenarztes. **RG.** R. **10** Nr. 1091 — in Bestätigung von SächsOLG. **31** 360 —. Bei der Frage, ob eine Ortskrankenkasse einem auf bestimmte Zeit angestellten Kassenarzte wegen eines von ihm begangenen Kunstfehlers auf Grund dieser Vorschrift kündigen kann, kommen die Gesichtspunkte einer möglichen Gefährdung der Kassenmitglieder, einer Erschütterung des Vertrauens zu dem Kassenarzt und einer etwaigen Entschädigung der Krankenkassen durch Ansprüche ihrer Mitglieder in Betracht. Daher ist die Entlassung eines Kassenarztes wegen einmaliger unrichtiger Behandlung eines Kassenmitglieds unbegründet. **c)** Pekuniäre Verhältnisse. Krönig, Gewu. KfmG. **16** 252. Regelmäßig dürfen weder der Prinzipal noch der Gehilfe aus rein pekuniären, nicht in der Person des anderen Teiles liegenden Gründen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. **d)** SeuffBl. **10** 583, R. **10** Nr. 3166 (Hamburg). Eine Vereinbarung, wonach dem Direktor einer AG. das Gehalt oder eine ihm gleichkommende Entschädigung auch nach sofortiger Entlassung wegen Pflichtverletzung (außer bei Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte) weiterzuzahlen ist, entbehrt bei der Wichtigkeit eines derartigen Postens wegen Verstoßes wider die guten Sitten der Rechtsverbindlichkeit. **e)** GewuKfmG. **15** 207 (KfmG. Charlottenburg). Krankheit und Pflegebedürftigkeit der Mutter der Angestellten ist für diese ein wichtiger Grund zur sofortigen Auflösung, wenn die Mutter während der Zeit des Dienstvertrags krank und pflegebedürftig geworden ist und außer ihrer Tochter niemanden zur Wartung und Pflege hat. **f)** OLG. **20** 202 (Braunschweig). Der gewerbliche Angestellte (§§ 133 b, 133 d GewO.) ist zur Aufhebung nur bei erheblicher Ehrverletzung berechtigt; nicht erheblich ist die Äußerung des Dienstherrn „Sie werden mit jedem Tage fauler", zumal sie nicht öffentlich gefallen und nicht grundlos ist.

§ 628. Abs. 2. OLG. **20** 201 m α (KG.). Nur objektiv sich ergebende Vertragswidrigkeit genügt nicht. Es muß eine subjektive Vertragsverletzung vorliegen. An einer solchen fehlt es, da der Dienstberechtigte zu dem Vorwurfe des Diebstahls nach Lage der Sache berechtigt war.

§ 630. 1. OLG. **20** 203, R. **10** Nr. 1525 (KG.). Ein Anspruch des Beamten auf Erteilung oder Änderung des Zeugnisses besteht nicht.

2. PosMSchr. **10** 144 (Königsberg). Der Angestellte hat ein Recht auf ein die Art seiner Beschäftigung vollständig wiedergebendes Zeugnis. Die Angabe, der Angestellte sei im schiffsbautechnischen Bureau der Werft beschäftigt gewesen, ist zu allgemein. Der Angestellte (ein Ingenieur, welcher 10 Jahre eine leitende Stellung bei der Werft bekleidet hatte) kann ein neues Zeugnis verlangen des Inhalts, daß er auf dem technischen Konstruktionsbureau der Werft tätig gewesen sei, daß er sowohl im Handels- als im Kriegsschiffbau gearbeitet, sowie Arbeits- und Werkstattpläne, Berechnungen, Ablieferungs- und Fertigzeichnungen angefertigt und Materialien aller Art für die Beklagte bestellt habe.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: Aus dem Berichte sind nur wenige Punkte hervorzuheben. In der Statuierung von Nebenverpflichtungen geht die Praxis vielfach sehr weit (vgl. § 631 Nr. I 1, 2, IV), insbesondere ist die Annahme einer vertraglichen Verpflichtung des Sägeführers, welcher für den Besteller in der Werkstatt ein Brett zuschneidet, sich der Schutzvorrichtung zu bedienen (vgl. **RG.** § 631 Nr. I 1), sehr bedenklich. Zurückhaltender ist mit Recht die Entscheidung **RG.** § 631 Nr. IV 1 a α, wonach der Postfiskus nicht vertraglich verpflichtet ist, dem Publikum einen verkehrsicheren Ausgang aus dem Postgebäude zu gewähren. — Zu § 632 Nr. I 2 sind mehrere wichtige OLGEntscheidungen über die Frage zitiert, wann Bauzeichnungen bezahlt werden müssen. — Josef (vgl. § 635 Nr. 1) erörtert den Einfluß beiderseitigen Verschuldens auf den Vergütungsanspruch des Unternehmers und auf den Schadensersatzanspruch des Bestellers.

Literatur: Haberstrumpf, Wer trägt das Risiko bei dem Theaterbilletzwischenhandel? BayRpflZ. **10** 379. — Josef, Der Einfluß beiderseitigen Verschuldens auf den Vergütungsanspruch beim Werkvertrage, RheinZ. 2 206 ff. — Pfleiderer, Wer ist Vertragsgegner der Postverwaltung bei der Postanweisung, wenn ein Posteinlieferungsbuch vorgelegt wird? DJZ. **10** 199.

§ 631. I. Rechte und Pflichten beim Werkvertrag, insbesondere Nebenverpflichtungen (s. auch Nr. III). 1. Sorgfaltspflicht des Unternehmers. **RG.** LeipzZ. **10** 927, R. **10** Nr. 3899. Der Vertrag, laut dessen sich jemand in der Sägewerkstatt ein Brett zuschneiden läßt, ist ein Werkvertrag. Die Verpflichtung des Sägeführers, bei der Ausführung der Arbeit sich der Schutzvorrichtung zu bedienen, war freilich nicht eine lediglich durch den Vertrag begründete Verpflichtung dem beschädigten Kläger gegenüber, der sich das Brett zuschneiden ließ; die Schutzvorrichtung bezweckte die Sicherung aller Personen, die mit der Säge in Berührung kommen konnten. Insofern zu diesen Personen aber auch die andere Vertragspartei gehörte — sie brachte den Arm in die Säge — und ihre Anwesenheit durch den Vertrag veranlaßt war, wird die Verpflichtung der Sicherung des Klägers auch in den Bereich der Vertragspflichten einbezogen. S. auch § 278 Ziff. 1 b.

2. Sorgfaltspflicht des Bestellers. a) **RG.** (III. 558/08, 29. 10. 09), JW. **10** 148 Nr. 10 (dort zitiert). Der Besteller hat auch die vertragliche Verpflichtung, alles zu unterlassen, was geeignet ist,

den Unternehmer bei seiner Arbeit zu gefährden, also hat er auch, wenn dieser in seinem Hause zu arbeiten hat, dieses in einem gefahrlosen Zustande zu erhalten. b) **RG.** JW. **10** 148 Nr. 10, R. **10** Nr. 677. Beim Werkvertrage hat der Besteller aus dem Vertrage für den Schaden aufzukommen, den der Unternehmer durch Mängel der Arbeitsstätte erleidet, sofern den Besteller ein Verschulden trifft. Der Umstand, daß ein gefahrloser Zugang zur Arbeitsstätte vorhanden war, befreit den Besteller nicht.

3. Hat der Besteller das klagbare Recht, die Erteilung einer spezifizierten Rechnung zu verlangen? (s. JDR. **6** Nr. 1). a) **RG. 72** 177, JW. **10** 9 Nr. 11, EisenbE. **27** 54, R. **10** Nr. 48. Unterläßt der Unternehmer es, seine Werklohnforderung durch spezifizierte Rechnung (Nachweis des Geleisteten und des zu Fordernden) zu begründen, so ist der Besteller berechtigt, die Bezahlung für die ihm als geleistet nicht nachgewiesenen Arbeiten zu verweigern. Die Befugnis jedoch, seinerseits die Leistungsklage auf Erteilung einer solchen Aufstellung anzustellen, steht ihm nicht zu. b) Dagegen für das Baugewerbe. DJZ. **10** 84 (KG.). Der Bauunternehmer hat gegen den Bauhandwerker einen klagbaren Anspruch auf Auskunft und spezifizierte Rechnung. Dies entspricht Treu und Glauben und außerdem einer Verkehrssitte im Baugewerbe.

II. Abgrenzung von anderen Rechtsgeschäften. 1. Werkvertrag und Kauf. Sog. Nebenleistungen beim Kaufe, z. B. Montieren einer gekauften Maschine (s. JDR. **8** Nr. III 1, **6** Nr. 5 b) — s. auch § 651 Nr. 2. a) Hoeniger, Gemischte Verträge (s. § 305 Nr. 2 a) 149 ff. b) **RG.** SächsRpflA. **10** 9, WarnE. **3** 15. Ist mit dem Kaufe die Umarbeitung der gekauften Sache verbunden, so finden auf den Werkvertrag die für diesen geltenden Vorschriften Anwendung. Die Beweislast hinsichtlich der rechtzeitigen Fertigstellung richtet sich nach § 636 Abs. 2, der Rücktritt nach § 636 Abs. 1.

2. Werkvertrag und Miete. **RG.** WarnE. **3** 155. Charterung eines ganzen Schiffes ist Werkvertrag, nicht Sachmiete.

3. Werkvertrag und Dienstvertrag (s. auch § 611 Nr. I). a) Vertrag mit Ziegelmeister (s. JDR. **2** § 611 Nr. 6 f). **RG. 72** 281, JW. **10** 107, LeipzZ. **10** 464, GewuKfmG. **15** 135, R. **10** Nr. 304. Der Vertrag, inhalts dessen der Kläger auf die Dauer eines Betriebsjahrs für eigene Rechnung die Herstellung von Ziegelsteinen auf der Ziegelei der Gesellschaft für diese übernahm, ist ein Werkvertrag. Kläger sollte für eigene Rechnung arbeiten, also bis zur Ablieferung der Steine die Gefahr tragen, was gemäß § 644 ein besonderes Merkmal des Werkvertrags ist. Daß der Kläger „als Ziegelmeister engagiert" worden ist, ist mit der Annahme eines Werkvertrags nicht unvereinbar. Es ist nicht sprachwidrig, wenn ein sachverständiger, selbständiger Unternehmer, der sich regelmäßig nur mit der Fabrikation von Ziegeln zu befassen pflegt, in einem Vertrag als Ziegelmeister bezeichnet wird, in dem er sich zur Herstellung von Ziegeln auf einer der anderen Partei gehörigen Ziegelei verpflichtet. b) Gewerblicher Akkordvertrag als Werkvertrag (über Akkordvertrag s. § 611 Nr. I 6). KGBl. **10** 63 (KG.). Für die Annahme des Werkvertrags sprechen, abgesehen von dem vereinbarten Akkordlohne, folgende Gesichtspunkte. Der Kläger hat sich der Gemeinschuldnerin gegenüber im eigenen Namen verpflichtet, zusammen mit seinen Arbeitsgenossen, für die er einzustehen und deren Zahl er zu ergänzen hat, die Herstellung des versprochenen Werkes zu bewirken, nämlich des Putzes an den Neubauten. Er muß laut Vertrag die Arbeiten in besonderer vorher bestimmter Art leisten, und falls seine Arbeit nicht ordnungsmäßig ausfällt, sie unentgeltlich vervollständigen (§ 633). Die Vergütung ist erst bei der Abnahme des Werkes zu entrichten (§ 641). Der Auffassung des Vertrags als Werkvertrag widerspricht auch nicht der Umstand, daß die Gemeinschuldnerin das Recht hatte, die Entlassung von

Arbeitern, die ihr aus bestimmten Gründen mißliebig waren und die Innehaltung einer bestimmten Arbeitszeit zu fordern. **c)** R. **10** Nr. 2526 (Jena). Der Vertrag, nach welchem ein Architekt die Entwürfe zu einem Bauwerk anzufertigen, die Bauausführung für Rechnung des Bauherrn zu vergeben, sie zu leiten und zu überwachen und die Abrechnung zu besorgen hat, ist teils Dienst-, teils Werkvertrag. Über die entsprechende Anwendbarkeit von § 638 s. dort Nr. 1. **d)** R. **10** Nr. 2811 (Stuttgart). Der Kommissionsvertrag ist nicht Dienstvertrag, sondern Werkvertrag.

III. Einzelne Vertragstatbestände. 1. Beförderungsverträge (s. JDR. **8** Nr. IV 2, **7** Nr. IV 1, **6** Nr. 5 e, **5** Nr. 14 a, **4** Nr. 2, **2** Nr. 5 a). a) Vertrag mit der Post. α. **RG.** (VI) EisenbE. **27** 66, BayRpflZ. **10** 196, R. **10** Nr. 1922. Zu der Vertragspflicht des Unternehmers (der Post) gehört es nicht, auch wenn er nur an einer bestimmten Stelle in seinen Geschäftsräumen Vertragsanträge entgegennimmt und Verträge abschließt, dem Besteller von da aus einen verkehrssicheren Ausgang zur öffentlichen Straße zu gewähren (betrifft den Unfall einer Person, welche eine Depesche aufgegeben hat, beim Verlassen des Postgebäudes). Die Entscheidung **RG. 55** 355 hat die Personenbeförderung der Eisenbahn zum Gegenstande, betrifft also einen rechtlich anders gelegenen Fall. β. Wer ist Vertragsgegner des Postfiskus? Pfleiderer, Wer ist Vertragsgegner der Postverwaltung bei der Postanweisung, wenn ein Posteinlieferungsbuch vorgelegt wird? DJZ. **10** 199. Bei dem Postanweisungsvertrag ist als Vertragsgegner des Postfiskus, auch wenn ein Vertreter die Einlieferung besorgt, derjenige anzusehen, für den sie in erkennbarer Weise erfolgt. Dies folgt aus der PostO., welche zwischen Einlieferer und Absender unterscheidet und gilt, auch wenn ein Posteinlieferungsbuch ohne Namen vorgelegt wird (gegen **RG. 41** 102). **b)** Vertrag mit der Eisenbahn (s. JDR. **8** Nr. IV 2 b, **7** Nr. IV 2). **RG.** DJZ. **10** 1410. Die Eisenbahn haftet den mit einer Fahrkarte versehenen Reisenden vertragsmäßig dafür, daß sie sich im Bahnhofe zur Erledigung ihrer Geschäfte ungefährdet bewegen können; die Eisenbahn hat ihnen zu diesem Zwecke verkehrssichere Ein- und Ausgänge zu gewähren. **c)** Vertrag mit Automobilbetriebsunternehmer. SeuffBl. **10** 152 (München). Der dem Automobildroschkenunternehmer obliegende Nachweis, daß der Unfall des Fahrgastes von ihm nicht verschuldet ist (**RG. 66** 15), ist mißlungen, da der Unternehmer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die schlechte Konstruktion und außergewöhnlich leichtfertige Herstellung der Steuerung hätte erkennen müssen. Von dieser Prüfungspflicht wird der Unternehmer auch nicht durch die Tatsache befreit, daß er das Auto erst kurz vorher von einer leistungsfähigen Firma erhalten hat.

2. Inseratenvertrag (JDR. **6** Nr. 5 i). SeuffA. **65** 270 (Dresden). Der Vertrag, wonach der Kläger in die von ihm herausgegebenen Programme Inserate der Beklagten aufnehmen und mit den Programmen vervielfältigen und verbreiten soll, ist ein reiner Werkvertrag, der nach §§ 631 ff. unter Ausschluß des § 651 BGB. und des § 381 Abs. 2 HGB. zu beurteilen ist.

3. Vertrag mit Bauunternehmer. **a) RG.** R. **10** Nr. 2982. Für das Heranschaffen des auf dem Bauplatze lagernden Sandes an die Kalkgrube zur Bereitung des Mörtels kann der Beklagte keine besondere Bezahlung verlangen; diese Arbeit fällt mit unter diejenigen, für welche die Pauschbeträge vereinbart sind. Denn auch, wenn es nach dem Vertragswillen der Parteien Sache des Klägers war, die Materialien auf den Bauplatz zu schaffen, weil er sie überhaupt zu liefern hatte, so fiel es doch dem Beklagten zu, innerhalb des Bauplatzes die Materialien dahin zu befördern, wo er sie gerade brauchte, weil dies zur Bauausführung gehörte. **b)** OLG. **20** 207 (Braunschweig). Die Verpflichtung des Bauunternehmers, die

Beschaffenheit des Baugrundes zu prüfen, wird aus besonderen Gründen anerkannt (Umarbeitung des Erdbodens zwecks Herstellung eines Reitplatzes).

4. Theaterbillettzwischenhandel. Haberstrumpf, BayRpflZ. **10** 379. Das Risiko bei dem Theaterbillettzwischenhandel trägt regelmäßig der jeweilige Billettinhaber. Der Theaterbesuchvertrag ist ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB. Die Befugnis zur Übertragung des Rechtes auf die Aufführungsveranstaltung entfällt nur bei einer ausdrücklich das Gegenteil bestimmenden Abmachung (vgl. Opet, Deutsches Theaterrecht 239). Fällt eine Vorstellung infolge Erkrankung eines Mitwirkenden aus, so hat der Theaterunternehmer den Billettpreis an den Billettinhaber in der Höhe zurückzuvergüten, wie er seinerzeit an der Theaterkasse gefordert wurde. Der Zwischenhändler hat keine höhere Haftung, da er daran, daß die Vorstellung nicht stattfindet, unbeteiligt ist. Er hat seine Verpflichtung vollständig erfüllt, wenn er seinen Rechtsnachfolger in die Rechtsstellung versetzt, in welcher er selbst sich durch Ankauf der Billetts an der Theaterkasse befand. Der erhöhte Preis für das Billett ist nicht Entgelt für eine höhere Garantie, daß die Aufführung stattfindet, sondern eine Zahlung für die Ersparung der Mühe der Billettbesorgung.

5. BayRpflZ. **10** 290 (Nürnberg). Der Vertrag über Bohrungen nach Brunnenwasser und Einsetzung einer neuen Pumpe ist ein Werkvertrag.

6. Verträge über Einziehung von Forderungen (JDR. **8** Nr. IV 6) s. § 398 Nr. **3 d δ**.

V. Projektarbeiten, Modelle, Zeichnungen, Anschläge s. § 632 Nr. I 2.

§ 632. I. Abs. 1. 1. Anfechtung. *Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329 ff. (383, 387). Ohne Bedeutung ist die Berufung darauf, man habe dem Arbeitnehmer keine Vergütung oder nur eine geringere Vergütung zahlen wollen. Der Wirkung dieser Norm kann nicht durch Anfechtung begegnet werden.

2. Bezahlung von Bauzeichnungen. Offerte oder selbständiger Werkvertrag? (s. JDR. **8** Nr. 1, **7** Nr. 1 und § 631 Nr. III, **6** Nr. 1, **5** Nr. 1, **4** Nr. 2, **3** Nr. 4, **2** Nr. 9). **a)** OLG. **20** 206, R. **10** Nr. 1527 (Breslau). Für die Annahme einer bloßen Offerte und gegen die Annahme eines selbständigen Werkvertrags entscheidet insbesondere das Bestehen einer Konkurrenz. Weiterhin kommt es darauf an, ob die Absicht der Partei dahin ging, den Anschlag als solchen, als ein Werk herzustellen, auf den der Besteller, ganz abgesehen von der Vergebung der Arbeit, sich ein Bild daraus machen könne, wie die Arbeit überhaupt auszuführen sei und welche Kosten er etwa darauf wird verwenden müssen; insbesondere, wenn er noch gar nicht entschlossen war, zu bauen (Werkvertrag), oder aber, ob sie wollen, daß der Anschlag dazu dienen soll, dem Empfänger dafür eine Unterlage zu bieten, ob er sich daraufhin zur Vergebung der Arbeit an den Anfertiger entscheidet oder sie ablehnt (eingehend spezialisiertes Angebot). **b)** Ebenso OLG. **20** 205, R. **10** Nr. 1530 (Celle). Für die Frage, ob ein besonderer Werkvertrag auf Lieferung der Zeichnungen anzunehmen ist, kommt es darauf an, ob der Bauherr die Zeichnungen bei der Ausführung des Baues verwertet oder sie dazu benutzt hat, um sich über Art und Kosten der Bauausführung im allgemeinen zu unterrichten. **c)** R. **10** Nr. 2179 (Hamburg). Für Zeichnungen und Kostenanschläge, welche lediglich zwecks einer Offerte gemacht sind, kann der Anfertiger keine Vergütung beanspruchen. Zwar ist in den Kreisen des Kunstgewerbes der Versuch gemacht, für solche Arbeiten eine Art Taxe einzuführen, die sog. Eisenacher Ordnung. Aber dieser Versuch ist bisher von dem Publikum wie von den Gerichten entschieden zurückgewiesen worden, und zwar mit Recht. Ein Kauflustiger z. B., der unter vier Entwürfen einen wählt und

dann die übrigen drei bezahlen sollte, müßte dafür nach der Eisenacher Ordnung etwa den halben Wert der ganzen Einrichtung bezahlen. Darauf wird sich aber kein verständiger Mensch einlassen.

II. Abs. 2. 1. Maßstab bei Honorierung von Gutachten. **RG.** R. **10** Nr. 2525. Bei Honorierung eines Gutachtens auf einem Gebiet, auf dem noch nicht ausreichende Erfahrungen gesammelt sind, und das hinsichtlich der maßgebenden wissenschaftlichen Grundsätze noch nicht genügend aufgeklärt ist, ist weniger auf die spätere praktische Verwendbarkeit als auf die von dem Gutachter aufgewendete Zeit und Mühe Rücksicht zu nehmen.

2. OLG. **20** 203, R. **10** Nr. 1598 (München). Die Gebührenordnung der Architekten und Ingenieure ist keine obrigkeitliche. Sie gilt nur insoweit, als sie im einzelnen Falle von den Beteiligten anerkannt ist.

3. Nachträgliche Mehrkosten. **a)** **RG.** R. **10** Nr. 2983. Ist in einem Bauakkordvertrage vereinbart, daß kleinere Änderungen ohne Nachzahlung ausgeführt, größere Abweichungen aber nur nach vorgängiger schriftlicher Vereinbarung besonders vergütet werden, so genügt letzterenfalls nicht die Übergabe eines Kostenanschlags neben der sofortigen Ausführung. Der Beklagte hätte sich nicht damit begnügen dürfen, sondern er hätte auf den Abschluß eines dementsprechenden schriftlichen abändernden Vertrags hinwirken und bis dahin die Ausführung der verlangten Änderung verweigern müssen. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 3167. Erweisen sich bei einer Brunnenbohrung die Bodenverhältnisse erheblich ungünstiger, als der Besteller dem Unternehmer angegeben hat, so hat eine angemessene Erhöhung der vereinbarten Vergütung einzutreten. **c)** OLG. **20** 204, R. **10** Nr. 1529 (München). Der Besteller eines bloßen Bebauungsplans hat die Mehrkosten für ausführlich gezeichnete Pläne zu tragen, wenn er die Überschreitung des Auftrags bemerkt und ihr nicht widersprochen hat.

§ 633. 1. **RG.** WarnE. **3** 340, R. **10** Nr. 3162. Die Vertragspartei, welche die Annahme der ihr geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, ist zur Geltendmachung der Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht berechtigt, sondern verpflichtet, ihren Einreden eine derartige Gestalt zu geben, daß eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses stattfinden kann. Diese Ansicht gilt nicht nur dann, wenn der Besteller das Werk bereits abgenommen hat, sondern auch, wenn die Annahme verweigert ist. Ebenso macht es keinen Unterschied, ob die Verteidigung des Bestellers als Einrede des nichterfüllten Vertrags aufzufassen ist oder als Einwand der mangelnden Fälligkeit des Vergütungsanspruchs, weil das Werk noch nicht vertragsmäßig fertiggestellt sei.

2. Keine Mängelhaftung, wenn das Werk nach Ablieferung einen Fehler bekommt. *Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 122. Wenn das Werk nach der Fertigstellung und Ablieferung durch den Unternehmer, aber vor der Abnahme (Billigung) durch den Besteller einen Fehler bekommen hat, so mindert sich nach § 644, da der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme trägt, die Verpflichtung des Bestellers entsprechend, er kann jedoch keine Mängelrechte geltend machen, kann weder Beseitigung des Fehlers verlangen, noch wandeln; denn diese Rechte hat der Besteller nur, wenn nicht vertragsmäßig geleistet wird, aber dann nicht, wenn der Unternehmer durch Lieferung eines zur Zeit der Lieferung fehlerfreien Werkes erfüllt hat.

§ 634. 1. **RG.** JW. **10** 186, SächsRpflA. **10** 138. Die Fristbestimmung hat den Verzug des Schuldners nicht zur Voraussetzung, sie kann daher (trotz Mot. II 484/5) schon vor Eintritt der Fälligkeit vorgenommen werden.

2. Abs. 2. Wegfall der Fristsetzung. **a)** Besonderes Interesse. **RG.** R. **10** Nr. 2357. Ist die Kücheneinrichtung eines Hotels mangelhaft

geliefert, so ist die Wandelung ohne Fristsetzung gerechtfertigt, wenn die Beseitigung durch den Unternehmer einen längeren Aufschub der auf einen bestimmten Tag festgesetzten Eröffnung des Hotels erfordern würde, als die Beschaffung anderweiten Ersatzes durch eine zufällig sich bietende Gelegenheit. b) Unmöglichkeit der Beseitigung. OLG. **20** 208 (Colmar). Eine Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels ist auch dann anzunehmen, wenn eine Neuherstellung des Werkes erforderlich ist, um es zu dem vertragsmäßigen Gebrauche tauglich zu machen.

§ 635. 1. Beiderseitiges Verschulden. Josef, RheinZ. **2** 206 ff. (s. vor § 631). Ist das vom Unternehmer hergestellte Werk mangelhaft und dem Besteller hierdurch ein Schaden entstanden, dessen Ersatz er von dem Unternehmer nach dem Grundsatze des § 635 verlangen kann, so ist der Anspruch des Unternehmers auf die Vergütung gänzlich abzuweisen, mag der Schaden auch durch mitwirkendes Verschulden des Bestellers verursacht sein. Denn der Besteller hätte hier lediglich wegen der Mängel, also unter Außerachtlassung des Schadens, Wandelung verlangen und hiermit den gänzlichen Wegfall des Vergütungsanspruchs erreichen können (§ 634 Abs. 1 Satz 3). Verlangt er nun Schadensersatz, so verlangt er neben der Befreiung von der Vergütungspflicht noch Ersatz eines Mehrbertrags. Das Verlangen der Wandelung ist also ein minderes gegenüber dem Verlangen des Schadensersatzes; folglich ist im Verlangen des Schadensersatzes, als dem größeren, stets das Verlangen der Wandelung stillschweigend mitenthalten. Folglich hat das Verlangen des Schadensersatzes mindestens stets dieselbe Folge, die das ausdrückliche Verlangen der Wandelung hat, d. h. der Besteller, der wegen Mängel Schadensersatz verlangt, braucht keinesfalls die Vergütung zu zahlen, während die Verpflichtung des Unternehmers zur Leistung des sonstigen Ersatzes gemäß § 254 davon abhängt, ob er oder zugleich der Besteller den Schaden verursacht hat.

2. Umfang des Schadensersatzanspruchs. **RG.** JW. **10** 146 Nr. 6, R. **10** Nr. 678. Der Besteller kann allen Schaden ersetzt verlangen, der mit dem Mangel in ursächlichem Zusammenhange steht, folglich auch den, der dadurch entstanden ist, daß das Werk bis zur Beendigung der Nachbesserungsarbeiten nicht benutzt werden konnte.

§ 636. **RG.** JW. **10** 186, LeipzZ. **10** 292 Nr. 17. Die Fristbestimmung hat den Verzug des Schuldners nicht zur Voraussetzung, sie kann daher (trotz Mot. II 484/5) schon vor Eintritt der Fälligkeit vorgenommen werden.

§ 638. 1. Entsprechende Anwendung von § 638 auf einen gemischten Vertrag (Werkvertrag und Dienstvertrag). R. **10** Nr. 2526 (Jena). Der Vertrag, nach welchem ein Architekt die Entwürfe zu einem Bauwerk anzufertigen, die Bauausführung für Rechnung des Bauherrn zu vergeben, sie zu leiten und zu überwachen und die Abrechnung zu besorgen hat, ist ein gemischter Vertrag: die Lieferung des Projekts ist Gegenstand eines Werkvertrags, die Leitung und Überwachung des Baues stellen sich als Dienstleistungen dar (**RG. 63** 313). Die Schadensersatzansprüche gegen ihn aus fehlerhafter Konstruktion, die er schuldhaft nicht erkannt und fahrlässig hat zur Ausführung kommen lassen, verjähren gemäß § 638 in 5 Jahren. Denn sowohl als Dienstverpflichteter wie als Unternehmer ist er verpflichtet, das Werk brauchbar herzustellen. Diese Gleichheit der Rechtslage in dem springenden Punkte führt zur entsprechenden Anwendung von § 638.

2. Bauwerk. a) Betriebswasserkanal als Bauwerk. **RG.** III GruchotsBeitr. **54** 937, JW. **10** 148, R. **10** Nr. 1367. Die Arbeiten zur Herstellung eines Kanals (Einlegung der Röhren, ihre Verbindung untereinander durch Mörtel, Herstellung der Einfallschächte und Zusammenbauen der Rohrleitung mit den Schächten) bilden ein Bauwerk, wenn auch die Röhren nicht unmittelbar mit dem Erdboden

verbunden sind. b) **RG.** R. **10** Nr. 4074. Drainageanlagen an sich sind nicht als Bauwerke anzusehen.

§ 640. 1. Abnahme. Begriff. **RG.** JW. **10** 106, LeipzZ. **10** 215 Nr. 19, R. **10** Nr. 308. Die Abnahme kann nicht die Anerkennung der Leistung als Erfüllung in sich schließen, sonst würden ja die Ansprüche des Bestellers, falls nicht die Anerkennung wegen Irrtums angefochten werden kann, ausgeschlossen sein. Erforderlich ist, daß der Besteller in der Lage ist, das Werk zu prüfen. Dazu gehört bei einem Werke, das aus verschiedenen Bestandteilen besteht, die zusammengesetzt und in einem Gebäude aufgestellt werden müssen, daß beides erfolgt und das Werk in Betrieb gesetzt und auf seine vertragsmäßige Leistungsfähigkeit geprüft werden kann.

2. Abs. 2. Vorbehalt vor der Abnahme kann genügen. **RG. 73** 146, JW. **10** 389, SeuffA. **65** 349, LeipzZ. **10** 463 Nr. 16, R. **10** Nr. 1533. Auch vor der Abnahme erklärte Vorbehalte wahren die Rechte des Annehmenden, wenn sie nur erkennbar aufrechterhalten werden. Es gilt hier dieselbe Auslegung, wie zu § 464, vgl. **RG. 58** 261 im Gegensatze zu den strengen für § 341 (**RG. 57** 337) aufgestellten Grundsätzen; s. § 341 Nr. 2. Im § 464 wie im § 640 bildet den Rechtsgrund für den Ausschluß von Ansprüchen der Verzicht, welcher durch die An- oder Abnahme des fehlerhaften Gegenstandes stillschweigend erklärt wird. Zur Widerlegung dieser Bedeutung bedarf es einer Willensbetätigung des Annehmenden, die das Gegenteil erkennbar macht, aber nicht notwendig in unmittelbarer zeitlicher Verbindung mit der Annahmehandlung stehen muß.

§ 641. OLG. **20** 204, R. **10** Nr. 1526 (Hamburg). Die Bestimmung, daß das Honorar fällig werden soll, „wenn die baulichen Veränderungen vollendet sind", enthält nicht die Bedingung der Fertigstellung des Baues, sie bedeutet nichts anderes als die Bestimmung des § 641, daß die Vergütung bei der Abnahme des Werkes zu entrichten ist. Bis zur Herstellung und Annahme des Werkes kann der Besteller daher lediglich die Einrede des nichterfüllten Vertrags erheben.

§ 644. Analoge Anwendung von § 287 Satz 2. *Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 126. (S. auch § 324 Ziff. 4). Die Bestimmung des § 644 Abs. 1 Satz 2 bedarf einer großen Einschränkung. Sie führt zu Unbilligkeiten, wenn der Gläubiger dadurch in Annahmeverzug gekommen ist, daß er vorübergehend die zur Fertigstellung des Werkes erforderliche Mitwirkung versagt hat und nachher das Werk zu einer Zeit zugrunde geht, zu der auch ohne den Annahmeverzug der Unternehmer noch die Gefahr getragen hätte. In diesen Fällen muß man die im § 287 Satz 2 BGB. beim Schuldnerverzuge gemachte Einschränkung analog anwenden. Den Schutz, den das Gesetz dem Schuldner gewährt, der sich durch sein Verschulden in Verzug befindet, muß man auch dem Gläubiger, der vielleicht ohne jedes Verschulden in Annahmeverzug geraten ist, zugute kommen lassen.

§ 645. 1. *Stern, Die Gefahrtragung (Marburg 1910) 114. § 645 betrifft nur die Gefahr des Werkes, die Gefahr der Unmöglichkeit der Wiederherstellung trägt der Unternehmer, denn dafür, daß ihm infolge dieser Unmöglichkeit ein Gewinn entgangen und er vielleicht auf eine gewisse Zeit beschäftigungslos geworden ist, erhält er keinen Ersatz,

2. HansGZ. **10** Beibl. 61 (Hamburg). War die Beschaffenheit des Stoffes (des Baugrundes) bei Eingehung des Bauvertrags beiden Teilen wohlbekannt und die Bearbeitung des Stoffes ein Bestandteil des Vertrags geworden, so trifft § 645 nicht zu.

3. BayRpflZ. **10** 290 (Nürnberg). Unter dem Ausdrucke „Stoff" ist bei Bauwerken auch der Baugrund zu verstehen.

§ 646. ThürBl. **57** 205 (Jena). Bei Neubauten auf eigenem Grund und Boden des Bestellers ist die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes nicht ausgeschlossen.

§ 648. Vorbemerkung: Die beiden Abhandlungen von Brückner und Kleinschmidt geben eine dankenswerte Orientierung über die Rechtslage.

Literatur: Brückner, Die zur Sicherung von Bauforderungen erlassenen Vorschriften im § 648 BGB. und dem Reichsgesetze vom 1. Juni 1909, ihre Tragweite und ihr gegenseitiges Verhältnis, R. **10** 830. — Kleinschmidt, § 648 BGB. und das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, HessRspr. **11** 110 ff., 117 ff.

1. Verhältnis des § 648 zum Baugesetze. **a)** Brückner. Das Baugesetz enthält in seinem 2. Abschnitte dem § 648 BGB. gegenüber eine bedeutsame Erweiterung der dinglichen Sicherstellung der Baugläubiger. Es beschränkt sich nicht auf Forderungen aus Werkverträgen, sondern erstreckt sich auch auf solche aus Dienst- und Lieferungsverträgen. Die Sicherstellung der Baugläubiger durch den Bauvermerk erfolgt bereits vor Beginn des Baues, andererseits erstreckt sich das Baugesetz nur auf Neubauten und Ersatzbauten, nicht auf Umbauten und Reparaturbauten. — Beide Sicherungen bestehen nebeneinander, wenn auch in der Regel nach Eintragung einer Bauhypothek für die Eintragung einer Hypothek nach § 648, welche keine andere Sicherung als die bereits gewährte bieten kann, kein Raum mehr vorhanden sein wird. **b)** Kleinschmidt erörtert die Unterschiede zwischen den Mitteln, durch die der Gesetzgeber im § 648 BGB. einerseits und dem Baugesetz andererseits den Schutz der Bauhandwerker zu verwirklichen gesucht hat. Es handelt sich hierbei nur um den 2. Abschnitt des Baugesetzes, der zum § 648 insofern in Parallele tritt, als er die dingliche Sicherung von Bauforderungen regelt. 1. Der zu schützende Personenkreis: Nach dem Baugesetz ist der Kreis der Baugläubiger ein weiterer infolge des Hinzutritts aller Lieferanten von Material, der beteiligten Architekten, der kaufmännischen Angestellten des Bauherrn usw. 2. Der Umfang der gesicherten Ansprüche: Nach dem BGB. handelt es sich um Forderungen aus dem Vertrage. Hierzu gehört auch die Forderung auf Schadensersatz wegen Abnahmeverzugs, auf Zahlung von Zinsen und Vertragsstrafen. Nach dem Baugesetze kommt der Schutz nur dem Anspruche des Gläubigers auf die in Geld vereinbarte Vergütung zu, aber nicht nur insofern, als die Leistung in den Bau verwendet ist, sondern schon, wenn die Verwendung infolge Annahmeverzugs des anderen Vertragsteils unterblieben und wenn — bei Lieferungsgeschäften — die einzufügenden Sachen gebrauchsfertig abgeliefert sind. Nicht hierher gehören die außerhalb der Vergütung entstandenen Auslagen, nicht Ansprüche auf Schadensersatz, Vertragsstrafe und Prozeßkostenerstattung und Zinsen. — Kleinschmidt erörtert ferner 3. das Objekt für die Sicherstellung und 4. die Verschiedenheiten des Verfahrens und im Zusammenhange damit, zu welcher Zeit und mit welchem Range die zu sichernde Eintragung zu erlangen ist.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2358. Sind Bauarbeiten zwar für denselben Bauherrn, aber für mehrere, wenn auch nebeneinander gelegene Grundstücke geleistet, so besteht der Anspruch aus § 648 hinsichtlich der einzelnen Grundstücke nur betreffs der in das einzelne Grundstück wirklich verwendeten Leistungen.

3. KGBl. **10** 118 (KG.). Durch das bloße Einfügen vorher fabrikmäßig hergestellter Maschinen (Kochherde und Waschkessel) in einem Neubaue kommt ein Werkvertrag im Sinne des § 648 nicht zustande. Sie sind bewegliche Sachen, bei denen die zur Herstellung erforderliche Arbeit nach der Verkehrsanschauung völlig zurücktritt und es dem Besteller gleichgültig ist, ob ihm eine

fertige oder erst eine anzufertigende Ware geliefert wird, so daß ein Kaufvertrag vorliegt.

4. Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs des Eigentümers. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 940. Der Berichtigungsanspruch des Eigentümers eines Grundstücks, auf dem eine Vormerkung gemäß § 648 eingetragen ist, nach Wegfall der Werklohnforderung, ist weder übertragbar noch pfändbar.

§ 649. 1. **RG. 74** 197, JW. **10** 1002 Nr. 10. Dem Besteller erwächst infolge seiner Kündigung kein selbständiger Anspruch auf Gewährung des von dem Unternehmer ersparten Betrags, mit dem er gegen die vereinbarte Werklohnforderung aufrechnen müßte; vielmehr mindert sich der trotz der Kündigung an sich fortbestehende Anspruch auf Grund der Tatsache des Ersparnisses von selbst.

2. **RG. 74** 197, JW. **10** 1002 Nr. 10, R. **10** Nr. 3910. Wenn nach Zession eines Teiles der Werklohnforderung der Werkvertrag vom Besteller gekündigt wird, so macht der die Anrechnung der Ersparnisse gemäß § 649 fordernde Besteller kein selbständiges, nach Belieben aufrechenbares Gegenrecht geltend. Gegenstand der Abtretung bildet vielmehr nur die auf Grund des Vertrags tatsächlich erwachsene Lohnforderung in der nach stattgehabter Anrechnung sich ergebenden Höhe. Dasselbe ergibt die Auslegung des Abtretungsvertrags, wonach ein zwar ziffernmäßig auf 10 000 M. bestimmter, im übrigen aber nach keiner Richtung individualisierter Teil des durch Fertigstellung des Werkes noch nicht verdienten Werklohns abgetreten ist. Danach ist die dem Unternehmer demnächst tatsächlich erwachsende Werklohnforderung bis zu dem Betrage von 10 000 M. abgetreten worden, so daß der Betrag, um den sich die Vergütung mindert, zunächst von der vereinbarten Summe, nicht aber von dem abgetretenen Betrag abzusetzen ist.

§ 650. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse (Berlin 1910). Der Unternehmer haftet für einen schuldhaft unrichtigen Anschlag auf Schadensersatz.

§ 651. 1. Allgemeines. Hoeniger, Gemischte Verträge (s. § 305 Nr. 2) 371. § 651 Abs. 1 Satz 1 kann sich nur auf die Fälle beziehen, in denen das Versprechen der Herstellung in Wahrheit gar keine Leistungszusage ist, sondern nur auf eine Vorbereitungshandlung geht. Da nun dieses letztere in den allermeisten Fällen angenommen werden muß, so hat der § 651 Abs. 1 ungefähr den Sinn einer Auslegungsregel. Er würde korrekt gefaßt besagen, daß, wenn von den Parteien die Herstellung einer vertretbaren Sache aus dem Stoffe des Unternehmers versprochen wird, im Zweifel nicht eine Verpflichtung zur Vornahme der Herstellungsarbeit, sondern nur zur Leistung einer Sache in dem durch die Herstellung zu bewirkenden Zustande begründet werden soll.

2. Abgrenzung von anderen Verträgen. a) Kauf- oder Werklieferungsvertrag? (s. auch § 631 Nr. II 1). α. **RG.** R. **10** Nr. 4075. Gehört zu der Lieferung einer Entstaubungsanlage eine derartige Verbindung der Apparate mit dem Hause, daß die in den unteren Räumen aufzustellende Maschine mit den einzelnen Etagen und Räumlichkeiten durch Einbauen von Rohren oder Schläuchen in eine feste Verbindung gebracht werden, so ist der Vertrag als ein Werklieferungsvertrag anzusehen. Ein solcher liegt dagegen nicht vor, wenn die neben der Anlieferung der fertigen Teile obliegende Werktätigkeit lediglich in der Aufstellung der Maschine an der dafür bestimmten Stelle des Hauses bestanden hat, es sich also insoweit nur um eine einfache Montierung gehandelt hat, wie eine solche bei käuflich gelieferten Maschinen vielfach üblich ist. β. **RG.** LeipzZ. **10** 622, WarnE. **10** 246. Ein Vertrag über ein bis zur Übergabe und Preiszahlung fertigzustellendes Haus ist, da ein einheitlicher Preis, aber nicht besonders für die Fertigstellung bedungen ist, ein Kauf, kein Werkvertrag.

γ. SächsOLG. **31** 362 (Dresden). Der Vertrag, durch welchen sich jemand für sein Wohnzimmer an Stelle des bisherigen einen anderen vom Lieferanten zu setzenden Ofen („Wandkamin mit Dauerbrandeinsatz, gebrauchsfertig hergestellt") bestellt, ist nicht Kauf-, sondern Werklieferungsvertrag. **b)** OLG. **20** 208, R. **10** Nr. 1534 (Colmar). Der Vertrag einer Buchdruckerei mit einer Stadtverwaltung auf Herstellung des Druckes von Schuldverschreibungen ist ein Werklieferungsvertrag im Sinne von § 651.

3. Rücknahme des Werkes bei Wandelung? **RG.** Gruchots Beitr. **54** 938. Ob im Falle der Wandelung beim Werklieferungsvertrag ebenso wie beim Kaufe, entsprechend der Pflicht des Bestellers zur Abnahme (§ 640 Abs. 1, vgl. § 433 Abs. 2), der Unternehmer zur Wiederabnahme des Werkes für verpflichtet zu erklären ist, kann dahingestellt bleiben. Eine solche Verpflichtung ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Besteller ein besonderes Interesse an der Wiederabnahme hat.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 938. § 639 Abs. 2 findet auch auf Werklieferungsverträge Anwendung.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist die Entscheidung des OLG. Hamburg (§ 652 Nr. III 6 a und b) über den Kausalzusammenhang und über den Einwand des Auftraggebers, daß er von der Mäklertätigkeit keine Kenntnis gehabt habe.

§ 652. I. Begriff des Mäklervertrags. Abgrenzung von anderen Rechtsverhältnissen. 1. a) KGBl. **10** 95 (KG.). Der Mäklervertrag ist kein gegenseitiger, sondern ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag; § 324 also nicht anwendbar. **b)** Ebenso KGBl. **10** 62 (KG.).

2. SchlHolstAnz. **10** 260 (Kiel). Ein Vertrag über die Finanzierung oder Umgestaltung eines Gesellschaftsunternehmens ist ein Mäklervertrag, kein Dienst- oder Werkvertrag.

II. Tätigkeit und Vertragspflichten des Mäklers. 1. Tätigkeit des Mäklers. SchlHolstAnz. **10** 330 (Kiel). Es liegt im Wesen der Mäklertätigkeit, daß diese nicht in der Einwirkung auf denjenigen Kontrahenten gefunden werden kann, der behufs Abschlusses des Geschäfts die Tätigkeit des Mäklers in Anspruch nimmt.

2. Treupflicht des Mäklers. a) **RG.** JW. **10** 284, R. **10** Nr. 3337. Der Mäkler muß dem Käufer solche ihm bekannten wesentlichen Tatsachen und Umstände, die geeignet sind, auf dessen Entschließung einzuwirken und ihn event. vom Kaufabschluß abzuhalten, mitteilen. Anderenfalls geht er wegen Verletzung seiner Treupflicht des Provisionsanspruchs verlustig. Ob dem Auftraggeber tatsächlich ein Schaden entstanden ist, ist belanglos. Die Schwammverdächtigkeit eines Hauses, die auch nach der Beseitigung des einmal aufgetretenen Schwammes übrig bleibt, ist mit Recht als ein für die Entschließung des Käufers wesentlicher Umstand angesehen worden. **b)** SchlHolstAnz. **10** 331 (Kiel). Eine Verletzung der Treupflicht des Mäklers liegt vor, wenn er dem Auftraggeber fahrlässigerweise einen insolventen Käufer zuführt.

3. Haftung des Mäklers für Ratserteilung. OLG. **20** 219, R. **10** Nr. 1537 und 1538 (Hamburg). Der Mäkler haftet für einen Rat nur, wenn er nach den Umständen verpflichtet ist, dem Kunden mit seinem Rate beizustehen, so daß sich die Ratserteilung zu einer Nebenverpflichtung der aus dem Mäklervertrag entspringenden Hauptverpflichtungen gestaltet. Die Annahme einer solchen Nebenverpflichtung wird abgelehnt bei einem einfachen Darlehnsgeschäfte, bei welchem sich die Erklärung des Mäklers (der Auftraggeber werde das Geld erhalten) nur als eine rein persönliche gelegentliche Äußerung darstellt,

welche nichts weiter besagt, als daß der Mäkler tatsächlich von der Möglichkeit der Beschaffung des Geldes überzeugt ist.

III. Verpflichtungen des Auftraggebers und Provisionsanspruch des Mäklers. 1. Der Mäkler als Selbstkontrahent. **RG.** SeuffA. **65** 393, R. **10** Nr. 680. Die Erfüllung des Mäklervertrags setzt voraus, daß auf Grund der Mäklertätigkeit ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten zustande kommt. Wird das Geschäft zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler als Selbstkontrahenten (oder vertreten durch einen Strohmann) geschlossen, dann ist ein Mäklervertrag nicht zur Ausführung gekommen.

2. OLG. **20** 219, R. **10** Nr. 1536 (KG.). Das bloße notarielle Kaufangebot ohne Annahme begründet den Mäklerlohn nicht; die Heilung des Formmangels durch Auflassung hat keine rückwirkende Kraft.

3. OLG. **20** 216 (Hamburg). Die Aufhebung des angefochtenen Kaufes durch Vereinbarung ohne Vorhandensein eines Anfechtungsgrundes führt den Verlust des Lohnes nicht herbei.

4. Bedingung. **a)** OLG. **20** 215 (Hamburg). Auch dem Mäkler gegenüber ist der Geschäftsherr verpflichtet, den Eintritt der Bedingung nicht wider Treu und Glauben zu verhindern. **b)** OLG. **20** 215, R. **10** Nr. 1535 (Hamburg). Die Parteien können abweichend vereinbaren, daß der Mäklerlohn gerade für die Vermittlung des bedingten Geschäfts gezahlt werde. **c)** BadRpr. **10** 1 (Karlsruhe). Ist die Provisionszusage des Auftraggebers davon abhängig gemacht, daß der Mäkler ihm einen Käufer beibringe, der eine Anzahlung von 10 000 M. leiste, so ist die Vereinbarung nicht als Setzung einer Bedingung, sondern als die Bestimmung der dem Mäkler aufgetragenen Leistung auszulegen, welche die Gegenleistung für die Leistung des Mäklers bildet. Die für die Bedingung geltenden Grundsätze sind daher nicht anwendbar.

5. **RG.** R. **10** Nr. 679. Der Verkäufer schuldet den Mäklerlohn auch dann, wenn er trotz Kenntnis des Fehlens einer früher gesetzten Bedingung abschließt.

6. Kausalzusammenhang. **a)** HansGZ. **10** Beibl. 183 (Hamburg). Wenn der Auftraggeber beim Abschlusse des Kaufvertrags von der Vermittlungstätigkeit keine Kenntnis gehabt hat, so kommt es darauf an, ob nach Lage der Sache angenommen werden kann, daß der Auftraggeber den Kaufabschluß zu dem gezahlten Kaufpreise nicht vollzogen hätte, wenn er sich dessen bewußt gewesen wäre, daß ihm der Käufer vom Mäkler zugeführt sei und daß er diesem infolgedessen eine Mäklergebühr zu zahlen habe. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 183 (Hamburg). Gegen die Ansicht des RG., daß der Auftraggeber von der für den Abschluß des Vertrags kausalen Tätigkeit des Mäklers Kenntnis gehabt haben müsse, läßt sich sehr wohl einwenden, daß es Sache des Auftraggebers sei, sich danach zu erkundigen, ob der Käufer vom beauftragten Mäkler geschickt sei oder nicht (vgl. Windscheid-Kipp (8) 722 § 404, (9) 775).

7. BreslauAK. **10** 68 (LG. Breslau). Der Provisionsanspruch des Hypothekenvermittlers setzt voraus, daß nicht nur das pactum de mutuo dando zustande kommt, sondern das Darlehen tatsächlich gegeben wird.

8. OLG **20** 74 (KG.). Der Anspruch auf den Lohn eines Mäklers, welcher zur Zeit der Entstehung des Mäkleranspruchs Kaufmann war, verjährt nach § 196 Nr. 1 BGB. in 2 oder 4 Jahren. Nach § 344 Nr. 1 HGB. gilt die Geschäftsbesorgung des Mäklers als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

9. OLG. **20** 218, R. **10** Nr. 1539 (Braunschweig). Bei gemeinsamer Vermittlung gegen wucherischen Mäklerlohn kann der eine Mäkler vom anderen wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten keinen Lohn verlangen.

IV. Widerruflichkeit des Auftrags. KGBl. **10** 62 (KG.). Durch die Bestimmung „Gültigkeit bis zur Erledigung“ ist das dem Be-

klagten an sich zustehende Widerrufsrecht eingeschränkt worden. Diese Bestimmung hatte aber nicht zur Folge, daß der Beklagte an das Abkommen so lange gebunden war, bis er durch Vermittlung des Klägers das Hypothekendarlehen erhalten würde; vielmehr erstreckte sich die Leistung des Beklagten nur bis zur Erledigung binnen angemessener Frist. War innerhalb einer angemessenen Frist das Darlehen nicht vom Kläger beschafft, so stand dem Beklagten der jederzeitige Widerruf zu, ohne daß es einer Nachfristsetzung aus § 326 bedurfte.

§ 653. *Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329 ff. (383, 387). Ohne Bedeutung ist die Berufung darauf, man habe dem Arbeitnehmer keine Vergütung oder nur eine geringere Vergütung zahlen wollen. Der Wirkung dieser Norm kann nicht durch Anfechtung begegnet werden.

§ 654. 1. Wann darf der Mäkler auch für den anderen Teil tätig sein und wann nicht? R. **10** Nr. 3754 (Braunschweig). Der Mäkler verliert den Lohn nur dann nicht, wenn der Doppellohn den Interessen der Parteien nicht widerspricht. Beim Nachweismäkler, der die Parteien nur einander zuzuführen hat, ist dies der Fall. Das gleiche gilt, wenn das Interesse der Parteien nur dahin geht, überhaupt abzuschließen. Anders liegt es dagegen, wenn die Bedingungen, unter denen abgeschlossen wird, wesentlich erscheinen. Dann hat der Mäkler die Verpflichtung, die Bedingungen, z. B. den Kaufpreis, für seinen Auftraggeber möglichst günstig zu gestalten. Er kann nicht gleichzeitig dasselbe für den Gegner. Beides widerspricht sich und dieser Widerstreit der Interessen beseitigt den Provisionsanspruch, falls der Mäkler auch die Interessen der Gegenpartei vertritt und fördert.

2. Erlaubte Tätigkeit für den anderen Teil. **a)** WürttJ. **23** 12 (Stuttgart). Darin, daß der Mäkler für beide Teile tätig gewesen ist, kann deshalb keine Vertragswidrigkeit gegenüber dem Käufer liegen, weil gerade die Herabdrückung des Kaufpreises im Sinne der mit ihm getroffenen Abmachung durch den Mäkler bewirkt worden ist. **b)** OLG. **20** 215 (Rostock). Hat bei einem Austausche von Grundstücken der Mäkler im Auftrage beider Eigentümer gehandelt, so kann er auch Provision von beiden verlangen. **c)** OLG. Posen JDR. **8** Nr. 1 c jetzt auch OLG. **20** 217.

3. Unerlaubte Tätigkeit für den anderen Teil bewirkt nicht Nichtigkeit des Vertrags. WürttJ. **23** 12 (Stuttgart). Aus der Bestimmung des § 654, wonach bei kollidierenden Interessen nicht die Nichtigkeit des Vertrags ausgesprochen wird, erhellt, daß das BGB. die Vertretung beider Teile durch den Mäkler, auch wenn sie zum Nachteile des ersten Auftraggebers erfolgt, nicht als einen die Nichtigkeit des Vertrags bedingenden Verstoß gegen die guten Sitten erachtet.

§ 656. R. **10** Nr. 1936 (Frankfurt). Ein zur Erfüllung eines Lohnversprechens für Heiratsvermittlung hingegebenes Wechselakzept begründet, so lange es sich in den Händen des Heiratsvermittlers oder eines Dritten befindet, dem der Sachverhalt beim Erwerbe bekannt war, keine klagbare Verbindlichkeit. Die Hingabe eines Wechselakzepts kann nicht als eine Leistung im Sinne des § 656 Abs. 1 Satz 2 angesehen werden.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 657. 1. Semeka, Das Wartrecht, ABürgR. **35** 121. Bei der Auslobung wird ein subjektloses Wartrecht seitens des Auslobenden begründet.

2. Hoeniger, Gemischte Verträge (s. § 305 Nr. 2 a) 251. Die Auslobung ist ein einseitiges Geschäft. Trotzdem sind eine Reihe der in den §§ 320 f. gegebenen Vorschriften anwendbar, so §§ 321, 324. Dies hat seinen Grund darin, daß die Auslobung ein entgeltliches Geschäft ist.

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Mit Recht kritisiert Hoeniger (§ 662 Nr. 1) die Entscheidung des RG. JDR. 8 § 662 Nr. 3, welche dem Lebensretter in engherziger Auffassung einen Schadensersatzanspruch versagt. — Über § 676 s. dort.

Literatur: v. Amelunxen, Die Einzahlung der Darlehnsvaluta zu Händen des Notars, ElsLothNotZ. **10** 161 ff. — Hoeniger, Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, ABürgR. **35** 272 ff. — Literatur zu § 676 s. dort.

§ 662. 1. Hilfe in Lebensgefahr. Hoeniger, ABürgR. **35** 272 f. Im Gegensatze zu **RG.** JDR. 8 § 662 Nr. 3 billigt Hoeniger den beiden Gästen, welche einen das Leben des Wirtes bedrohenden Angriff abgewehrt haben, einen Schadensersatzanspruch zu. Dies gilt sowohl dann, wenn eine auftragslose Geschäftsführung (vgl. hierzu § 677 Nr. III 1), als auch, wenn ein Auftragsverhältnis vorliegt. Darüber besteht Einigkeit, daß der Auftraggeber dann zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn er die Gefährlichkeit des Auftrags allein kannte und sie dem Beauftragten verschwieg (279). Kannten beide die Gefahr und haben sich über die Bedeutung der Gefahrübernahme für ihre rechtlichen Beziehungen nicht verständigt, so ist der Vertragswille durch Auslegung zu ermitteln: Ist das Interesse des Geschäftsherrn nur geringfügig, so muß sich der Beauftragte sagen, daß es nicht die Absicht des Auftraggebers sein kann, eine weit über dieses Interesse hinausgehende Haftung zu übernehmen. Nimmt er gleichwohl den Auftrag an, so tut er dies auf sein Risiko. (Haben jene Gäste den Wirt nur in der Entfernung der Gäste unterstützt, so steht ihnen also kein Anspruch zu.) Stehen aber erhebliche Interessen, insbesondere das Leben des Auftraggebers auf dem Spiele, so ist der Vertrag nach Treu und Glauben so auszulegen, daß der Auftraggeber die Verpflichtung zum Ersatze des aus der Ausführung sich ergebenden Schadens vertragsmäßig übernommen hat. Der Retter kann jedoch seinen Anspruch nur in der Höhe geltend machen, als billigerweise dem Geretteten unter Berücksichtigung seiner gesamten Erwerbs- und Vermögensverhältnisse zu leisten zugemutet werden kann.

2. Zahlung der Darlehnsvaluta zu Händen des Notars. *v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **10** 161 ff. Zahlt der Darlehnsgeber auf Grund der ihm gleichzeitig in der Hypothekar-Darlehnsurkunde vom Schuldner erteilten Quittung das Darlehen zu Händen des Notars als des Bevollmächtigten des Schuldners, so erfüllt er den Vertrag und valutiert die Hypothek. Der Auftrag an den Notar, vermittels des Geldes einen bestimmten hypothekarischen Vorrang zu beschaffen, hindert nicht den Eigentumsübergang am Gelde auf den Schuldner (aM. OLG. Colmar aaO. 162, 168 f., 174, **RG.** JW. **06** 714). Der Notar wird Beauftragter beider Vertragsparteien, so daß weder der Darlehnsgeber die Einzahlung zurücknehmen, noch einstweilen der Schuldner über das Geld als sein freies Eigentum verfügen kann. Es liegt also keine bloße Verwahrung vor, noch auch ein vom Gläubiger allein erteilter Auftrag. Die mit letzterem verbundene Weisung, zu bestimmten Zwecken das Geld zu verwenden, schließt den Vorbehalt des Eigentums nicht in sich. Vgl. §§ 607, 688, 930.

§ 667. 1. Herausgabe der Handakten des Rechtsanwalts s. § 611 Nr. IV 2g.

2. **RG.** R. **10** Nr. 51. Erwirbt der Beauftragte (Ehemann) ein Grundstück für sich statt auf den Namen des Auftraggebers (Ehefrau), so ist das Verhältnis trotz der obligatorischen Herausgabepflicht nicht als fiduziarisch aufzufassen. Ein solcher Erwerb nähert sich zwar dem Begriffe des fiduziarischen Eigentums. Unter einem fiduziarischen Geschäfte kann man aber, wie schon der Begriff der fiducia ergibt, zunächst nur ein Geschäft verstehen, durch das der eine aus seinem Vermögen ein bestimmtes Vermögensstück zur Erreichung eines gewissen Zweckes einem anderen anvertraut. Die Rechtsprechung insbesondere versteht hierunter ein Geschäft, durch das der eine dem anderen dieses Vermögensstück rechtlich übereignet zu dem ver-

einbarten Zwecke, daß der Vermögenswert wirtschaftlich das Vermögen des anderen nicht vermehren solle. Hat sich aber vorliegend die Ehefrau nur darauf beschränkt, dem Ehemanne die zum Erwerb erforderlichen Geldmittel vorzuschießen, so hat der Ehemann uneingeschränktes Eigentum erworben und ist nur seiner Frau persönlich verpflichtet, ihr das Grundstück weiter zu übereignen.

§ 670. Schäden als Aufwendungen. **RG.** JW. **10** 803 Nr. 11, HessRspr. **11** 105. Zahlung von Frachtdifferenz und Frachtzuschlägen, welche der Spediteur infolge unrichtiger Angaben im Frachtbrief an die Eisenbahn leisten muß, kann der Spediteur gemäß § 670 vom Auftraggeber ersetzt verlangen. Zwar sind nicht alle bei der Ausführung des Auftrags entstandenen Schäden den Aufwendungen unterzuordnen (**RG.** GruchotsBeitr. **53** 975). Grundsätzlich ist unter Aufwendung nur die auf freiem Willen beruhende Auslage und Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zweckes zu verstehen. Indes für die hier streitigen Geldzahlungen ist zu beachten, daß die Gefahr, die Zahlungen leisten zu müssen, mit dem Auftrage nach der Eigenart seines Inhalts besonders nahe verknüpft ist. Mit der Möglichkeit derartiger Zuzahlungen müssen Versender und Spediteur von vornherein rechnen. Das Risiko wird daher beiderseits in Rücksicht gezogen. Die Verausgabung der Gelder für den Fall, daß sie notwendig werden sollte, ist vertragsmäßig gewollt.

§ 671. Clausula rebus sic stantibus s. § 321 Nr. 1 (Stahl).

§ 675. 1. Sanierungs-, Finanzierungs- rc. Vertrag. **RG. 72** 179, R. **10** Nr. 47. Das Charakteristische des Werkvertrags besteht, wenn es sich um ein immaterielles Werk handelt, darin, daß der Unternehmer sich zur Herbeiführung des Erfolges durch Arbeit oder Dienstleistung verpflichtet. Wenn jemand, ohne für den Erfolg einzustehen, die Sanierung, Finanzierung, Gründung oder Umwandelung eines gewerblichen Unternehmens übernimmt, so handelt es sich sonach nicht um einen Werkvertrag, sondern es liegt, wenn nicht ein Dienstvertrag, ein Vertrag über Besorgung fremder Geschäfte vor.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 946, BayRpflZ. **10** 214 Nr. II. Ein Kaufmann, der einen Bankier gegen Provision und unter Überweisung entsprechender Geldbeträge mit der Auszahlung dieser Beträge gegen Duplikatfrachtbriefe über zu liefernde Waren beauftragt hat, kann nicht die Rückerstattung der vom Bankier gezahlten Beträge fordern, wenn sich hinterher herausstellt, daß die Duplikate gefälscht waren. Nach dem Vertrage hat dem Bankier hinsichtlich der Frachtbriefe nur die Prüfung der formellen Richtigkeit obgelegen. Er war nicht verpflichtet, schlechthin nur gegen (objektiv) echte Dokumente Zahlung zu leisten, so daß deshalb der Auftrag, Duplikatfrachtbriefe einzulösen, unbedingt als gar nicht ausgeführt zu gelten hätte.

3. Anwaltsvertrag s. § 611 Nr. IV 2.

4. Vertrag mit Notar s. § 611 Nr. IV 3 und 4.

5. Vertrag mit Gerichtsvollzieher s. § 611 Nr. V.

6. Vertrag mit Bankier s. § 676 Nr. II.

7. Vertrag mit Inkassobureau s. § 398 Nr. 3 d δ.

§ 676. Vorbemerkung: Ambrunn (§ 676 Nr. I, II 1, VI) gibt eine zusammenfassende Darstellung der Haftung für Auskunftserteilung. — Der praktisch wichtige Tatbestand der Bankierhaftung liegt der übrigen Literatur (s. insbesondere Nußbaum, Über Kuxe § 676 Nr. II 3) und der Judikatur zugrunde.

Literatur: Ambrunn, Die zivilrechtliche Haftung für Auskunftserteilung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der obersten Gerichte. München und Wolfratshausen 1910. — Nußbaum, Über Geschäfte in Kuxen zwischen Bankier und Kunden, LeipzZ. **10** 497 ff. — Struckberg, PosMSchr. **10** 58.

I. Rat und Empfehlung im allgemeinen. *Ambrunn, Eine Haftung aus geschäftsfreundlicher (unentgeltlicher) Auskunfts-

erteilung kann sich nur ergeben, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorhanden sind; die Beifügung der Klausel „ohne Obligo" ist bedeutungslos, da nur bei vorsätzlich rechtswidriger Handlungsweise gehaftet wird und die Haftung für Vorsatz nicht ausgeschlossen werden kann. Die rechtliche Natur des Auskunftsvertrags bei beruflicher Auskunftserteilung ist Werkvertrag, denn es ist lediglich ein Erfolg, eine Auskunft gewollt; daß das Auskunftsbureau eine Tätigkeit entfaltet, ist dem Anfragenden gleichgültig (23). — Der Auskunftsvertrag ist aber kein Werkvertrag nach § 675 BGB. Auch der Abonnementsvertrag ist Werkvertrag; das Abonnement auf eine bestimmte Zahl von Auskünften ist lediglich eine einfachere Art der Zahlung; es ändert aber nichts an der Natur der Vertrags. Neben der vertragsmäßigen Haftung auf Grund der §§ 276, 278 BGB. besteht, falls die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, die deliktische Haftung auf Grund des § 826 BGB. — Die bei Annahme der Werkvertragsnatur des Auskunftsvertrags gegebene sechsmonatige Verjährungsfrist des § 638 BGB. genügt in keiner Weise den Bedürfnissen des Verkehrs; denn der Schaden wird oft viel später bemerkt; es ist dies eine Lücke im Gesetze, die allerdings durch vertragliche Vereinbarung ergänzt werden kann. Eine Haftbeschränkungsklausel, die auch die Haftung für eigenen Vorsatz des Auskunfteiinhabers ausschließt, ist als nicht vorhanden zu betrachten. Der Ausschluß der Haftung für Hilfspersonen gilt allgemein als verkehrsüblich auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung als gewollt; dagegen muß der Ausschluß der Haftung für eigene Fahrlässigkeit des Auskunftgebers ausdrücklich vereinbart werden.

II. Die Haftung des Bankiers im besonderen (s. JDR. 8 Nr. 2). 1. *Ambrunn. Die Auskunftserteilung des Bankiers bildet die Grenze zwischen geschäftsfreundlicher (unentgeltlicher) Auskunftserteilung und der beruflichen Auskunftserteilung. In dem jeweils erzielten Gewinn aus den beiderseitigen Geschäften ist das Entgelt für die eventuell bei dieser Gelegenheit erteilte Auskunft mitenthalten. Der Bankier haftet auch dann, wenn er fahrlässigerweise die Prüfung der in Frage kommenden Umstände außer acht gelassen hat. Der Bankier hat die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu vertreten (§ 347 HGB.). Die Auffassung Alsbergs, der die Ratserteilung des Bankiers als Auftrag bezeichnet, ist nicht zutreffend und inkonsequent, insbesondere angesichts des Umstandes, daß Alsberg in seinen weiteren Ausführungen mit dem RG. darin übereinstimmt, daß deshalb, weil es sich hier nicht um eine gewöhnliche geschäftsfreundliche Auskunftserteilung, sondern um eine vertragsartige handelt, auch für Fahrlässigkeit gehaftet wird (17).

2. *Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse (Berlin 1910). Der Bankier haftet für einen schuldhaft unrichtigen Rat.

3. Haftung des Bankiers im Kuxverkehre. Nußbaum, LeipzZ. **10** 497 ff. Der Bankier ist auch beim Propregeschäfte dem Kunden zu sorgfältiger Beratung rechtlich verpflichtet, sofern er überhaupt als Berater des Kunden aufgetreten ist; durch schuldhafte Verletzung dieser Pflicht macht er sich schadensersatzpflichtig. Beim Handel mit Kuxen hat der Bankier, wenn der Kunde nicht gerade eine geschäftsgewandte oder sonst im Kuxenhandel orientierte Person ist, in allen Fällen festzustellen und dem Kunden mitzuteilen, ob Zubußen bereits ausgeschrieben sind; auch wenn ein bestimmter Termin für die Zahlung der Zubuße noch nicht feststeht, sondern der Zeitpunkt der Einforderung dem Vorstande der Gewerkschaft überlassen bleibt, ist der Kunde darauf hinzuweisen; denn dieser muß bei der Beurteilung des Preises, den er anlegen will, die demnächst zu zahlende Zubuße mit in Betracht ziehen. Dagegen geht die Verpflichtung des Bankiers nicht etwa so weit, den Kunden von selbst darauf hinzuweisen, daß später einmal seitens der Gewerkschaft Zubußen beschlossen werden können. Von dem Bankier kann nicht verlangt

werden, daß er seine Beteiligung an der Gewerkschaft als Gründer oder Emittent dem Kunden offenbare. Die Preisgabe eines solchen Geheimnisses läßt sich weder aus der Verkehrssitte, noch aus Treu und Glauben herleiten. Wohl aber sind bei einer Beteiligung des Bankiers an dem Unternehmen besonders strenge Anforderungen in bezug auf die Sorgfaltspflicht zu stellen (vgl. **RG.** BankA. **6** 93, **RG. 27** 128). Die Preisbemessung wird nur dann Veranlassung geben können, begründete Schadensersatzansprüche gegen den Bankier zu erheben, wenn sich für den Kux ein Börsen- oder Marktpreis feststellen läßt und der dem Kunden abgenommene Preis dazu außer Verhältnis steht. Unter besonderen Umständen kann auch eine den Börsen- oder Marktpreis weit überschreitende Bewertung der Kuxe vom Rechtsstandpunkt aus unbedenklich sein, so namentlich, wenn der Kaufpreis nicht bar gezahlt, sondern irgendwie verrechnet wird. — Beim Handel mit Bohranteilen wird nur unter besonderen Umständen, etwa völlig unerfahrenen Personen gegenüber, eine Fahrlässigkeit darin zu erblicken sein, daß der Bankier es unterläßt, sich über eingeforderte Zubußen im Interesse des Kunden zu unterrichten.

4. Struckberg, PosMSchr. **10** 58. Die Anwendung von § 254 führt in allen Fällen, in denen nach der Judikatur des RG. beim Kaufe von Wertpapieren der Bankier aus der Empfehlung haftet, fast zum Ausschlusse der Schadensersatzpflicht.

5. **RG.** SeuffBl. **10** 32. Die Haftung des Bankiers aus der Empfehlung von Wertpapieren ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen bereits zur Zeit der Empfehlung eine Geschäftsverbindung des Bankiers mit dem Kunden besteht.

6. Wann liegt ein verbindlicher Rat vor? **a**) JDR. **8** Nr. 2a ist SeuffBl. **10** 32 (nicht **09** 32) abgedruckt. **b**) LeipzZ. **10** 167, R. **10** Nr. 1545 (Dresden). Wenn jemand, der in bestimmten Papieren spekulieren will, einen Beamten des mit dem Ankaufe zu betrauenden Bankgeschäfts um seine Meinung fragt, so will er im Zweifel nur dessen Privatansicht hören, nicht aber eine verbindliche Auskunft des Bankhauses selbst durch eine zu dessen Vertretung berufene Person einziehen. **c**) LeipzZ. **10** 482, KGBl. **10** 43 (KG.). Kein verpflichtender Rat im Sinne von § 676 liegt vor, wenn aus der Art der Empfehlung hervorgeht, daß der Empfehlende die Verantwortlichkeit, das Risiko für den Ausfall nicht übernehmen wollte, die Empfehlung vielmehr, da sie nur die Anschauung wiedergab, welche angeblich an der Börse herrschte und welche in den Zeitungen ausgesprochen wurde, die Entscheidung gerade in das selbständige Ermessen und in die eigene Prüfung des Ratsuchenden stellte. **d**) **RG.** BankA. **10** 123. Darin, daß ein Emissionshaus die übernommenen Aktien den bezugsberechtigten Aktionären anbietet, liegt keine Empfehlung im Rechtssinn, auch ist ihnen das Emissionshaus aus dem Emissionsgeschäfte nicht zu besonderer Sorgfalt verpflichtet. **e**) **RG.** BankA. **9** 315. Hat beim Verkaufe von Shares der Angestellte des Bankiers die das Unternehmen betreffenden tatsächlichen Angaben ohne Verletzung der erforderlichen Sorgfalt gemacht, so kann der Bankier für das Fehlschlagen der Spekulation nicht verantwortlich gemacht werden.

7. Nebenleistung neben Kauf. **a**) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 951, R. **10** Nr. 883. Vertragliche Haftung des Bankinstituts aus der Empfehlung einer Hypothek, die das Institut selbst besaß und dem Kapitalisten käuflich überließ. **b**) **RG.** LeipzZ. **10** 293 Nr. 19. **c**) Keine Nebenleistung. **RG.** JW. **10** 808, SeuffA. **66** 8, LeipzZ. **10** 772, BankA. **10** 11, R. **10** Nr. 3169. Eine Anfrage beim Bankier um Auskunft bei Gelegenheit der Diskontierung eines Wechsels enthält keinen rechtsgeschäftlich verpflichtenden Auftrag, eine Auskunft ist keine Geschäftsbesorgung; nur die Beschaffung einer Auskunft könnte eine solche sein.

8. Dauernde Geschäftsverbindung? **RG.** JW. **10** 808, SeuffA. **66** 8, LeipzZ. **10** 772, BankA. **10** 11, R. **10** Nr. 3169. Die eine schwebende Darlehnsschuld und die Diskontierung eines Wechsels be-

gründen ein Vertrauensverhältnis, das eine Beratungspflicht mit sich bringt, nicht. Die Behauptung des Klägers, er habe „etwaige Wechsel" „in der Regel" bei der Bank diskontiert, läßt auf eine regere und regelmäßige Geschäftsverbindung nicht schließen. Dazu kommt, daß mit der in dieser Weise behaupteten Geschäftsverbindung die hier in Rede stehende Auskunft in keinem inneren Zusammenhange steht.

9. Beweislast. LeipzZ. **10** 482 (KG.). Der Bankier muß beweisen, daß der gegebene Rat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erteilt sei.

III. Haftung des Mäklers wegen eines über die Geldbeschaffung erteilten Rates s. § 652 Nr. II 3.

IV. Haftung des Rechtsanwalts wegen Ratserteilung s. § 611 Nr. IV 2 b.

V. Haftung des Notars wegen Ratserteilung s. § 611 Nr. IV 3 c.

VI. Die Haftpflicht für Rats- oder Auskunftserteilung seitens Beamter. *Ambrunn 30. Es kommt darauf an, ob im einzelnen Falle der Beamte die Auskunft in seiner Eigenschaft als Beamter oder lediglich als Privatperson erteilt hat. Erteilt er einem Dritten in seiner Eigenschaft als Beamter Rat oder Auskunft, so ergibt sich seine Haftung, da ein Vertrag nicht vorhanden ist, lediglich aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, speziell aus § 839 BGB. Zweifel können sich ergeben darüber, ob ein Beamter, der amtlich eine unrichtige Auskunft gibt, obwohl er zu einer Auskunftserteilung nicht amtlich verpflichtet ist, den Beteiligten nach § 839 BGB. haftet (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **46** 935 ff.).

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: Über Schadensersatzansprüche bei Hilfe in Lebensgefahr macht Hoeniger interessante Ausführungen (§ 677 Nr. III 1). — Wasser, Asch und Friedländer und mehrere Entscheidungen diskutieren die wichtige Frage, ob der von der Ehefrau gerufene Arzt sich an diese halten kann; die Annahme einer auftraglosen Geschäftsführung, für die sich Wasser und das AG. Berlin-Mitte aussprechen, wird von den anderen verneint (§ 677 Nr. II 1—6). — Mit der Frage, ob der Notar, der einen ihm rechtzeitig übergebenen Wechsel nicht mehr selbst protestieren kann, als auftragloser Geschäftsführer handeln darf, beschäftigen sich das KG. und Falkmann (§ 677 Nr. III 5).

Literatur: Ahrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund. Breslau 1909. Heft 101 der Strafrechtlichen Abhandlungen von Bennecke und von Lilienthal (auch zivilrechtlich). — Asch, Die Haftbarkeit der Ehefrau bei Leistungen zum Unterhalte der Familie, DJZ. **10** 759. — Friedländer, Die Haftbarkeit der Ehefrau bei Leistungen zum Unterhalte der Familie, DJZ. **10** 760. — Hoeniger, Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, ABürgR. **35** 272 ff. — Wasser, Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalte der Familie, DJZ. **10** 405.

§ 677. I. Allgemeines. Begriffliches. 1. Ahrens, untersucht die Geschäftsführung auch vom zivilrechtlichen Standpunkte.

2. Ahrens. Die auftraglose Geschäftsführung, die in den Grenzen der §§ 677 ff. erfolgt, ist nicht rechtswidrig.

3. *Klein, ÖstZBl. **28** 648 ff. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist Rechtshandlung i. e. S.

4. **RG.** SächsRpflA. **10** 334. Die Geschäftsführung ohne Auftrag erfordert nicht, daß der Geschäftsführer ausschließlich für den anderen handelt. Er kann auch in erster Linie sein eigenes Geschäft besorgen und dabei zugleich für einen anderen tätig sein, indem er mit dem Vorsatze handelt, wegen seiner Aufwendungen sich bei dem anderen zu erholen.

II. Hat der Arzt einen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung gegen die Ehefrau? 1. Wasser, DJZ. **10** 405. Der Arzt, welcher von der unterhaltspflichtigen Ehefrau zur Behandlung des Mannes oder der Kinder gerufen wird, hat nach § 679 einen Honoraranspruch gegen die Ehefrau; denn der Arzt besorgt ein Geschäft der Frau. Daß er über die Person des Geschäftsherrn irrte, ist ohne Bedeutung (§ 686).

2 Asch, DJZ. **10** 759, spricht sich gegen die Annahme einer auftraglosen Geschäftsführung aus. Der Arzt, der sich zur Behandlung bereit erklärt, will in der Regel nicht fremde Geschäfte besorgen, sondern eine vertragliche Verpflichtung eingehen. Nach Asch bietet die einzige Möglichkeit, zu einer Haftung der Ehefrau zu kommen, der § 1357 in Verb. mit § 157.

3. Friedländer, DJZ. **10** 760. Die Ehefrau haftet nur gemäß § 812. Ebenso eine von Friedländer mitgeteilte Entscheidung des LG. II Berlin vom 2. 4. 10.

4. KGBl. **09** 115 (LG. II Berlin). Die Ehefrau kann nicht auf Grund einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch genommen werden, wenn die ärztliche Dienstleistung auf Grund eines Vertrags erfolgt. Denn bei Erfüllung eines Vertrags fehlt der Wille, neben dem Vertrage durch dieselbe Handlung noch eine quasikontraktliche Verbindlichkeit aus der auftraglosen Geschäftsführung zu erfüllen.

5. FrankfRundsch. **10** 93 (LG. Frankfurt a. M.). Bei Erfüllung des mit dem Ehemann abgeschlossenen Vertrags fehlt dem Arzte der Wille, neben dem Vertrag auch noch als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Ehefrau tätig zu sein.

6. KGBl. **10** 92 (AG. Berlin-Mitte). Der Arzt besorgt sowohl die Geschäfte des Patienten selbst, als auch die des Unterhaltspflichtigen. Die Ehefrau haftet neben dem Manne, gleichviel ob sie oder er zum Arzt geschickt oder etwa ein Angehöriger den Arzt herbeigeholt hat und ob nach dem Zustande der Frau beim Eintreffen des Arztes noch von einem erkennbaren Vertragswillen ihrerseits gesprochen werden kann.

III. Weitere Einzelfälle. 1. Hilfe in Lebensgefahr. Hoeniger, ABürgR. **35** 272 f. Bei Hilferufen in Lebensgefahr sind Schadensersatzansprüche nur aus einer auftraglosen Geschäftsführung abzuleiten. Wenn auch der vom Geschäftsführer erlittene Schaden nicht unter die zum Ersatze verpflichtenden Aufwendungen des § 670 BGB. fällt, so sind doch §§ 670, 683 BGB. entsprechend anzuwenden. Der Retter kann jedoch seinen Ersatzanspruch nur in der Höhe geltend machen, als billigerweise dem Geretteten unter Berücksichtigung seiner gesamten Erwerbs- und Vermögensverhältnisse zu leisten zugemutet werden kann. Auch gegen den, der freiwillig aus dem Leben scheiden will, können Schadensersatzansprüche begründet sein. Denn der Wille des Lebensmüden, sich das Leben zu nehmen, ist rechtlich unbeachtlich. Will man nicht § 679 BGB. anwenden, so ist die entsprechende Anwendung des § 684 BGB. geboten, weil der Gerettete mit dem Leben den Besitz aller seiner Güter zurückerhält. Demjenigen, der in Erfüllung öffentlicher Pflichten Hilfe leistet, steht ein Ersatzanspruch nicht zu. All dies gilt auch, wenn die Hilfe vergeblich war. Das Vorliegen eines Auftragsvertrags führt zu entsprechenden Ergebnissen; vgl. hierüber § 662 Nr. 1.

2. **RG.** JW. **10** 574 Nr. 6, SächsRpflA. **10** 265, R. **10** Nr. 1937. Der Leiter einer Irrenanstalt kann als unbeauftragter Geschäftsführer des Kranken über dessen in die Anstalt gebrachten Sachen verfügen, insbesondere Sachen von geringem Werte den Angehörigen herausgeben. Selbst eine entgegenstehende Willenserklärung des Kranken braucht ihn hiervon nicht zurückzuhalten, wenn dieser geschäftsunfähig ist oder doch dafür gehalten werden durfte. Im übrigen darf der Anstaltsleiter der Ehefrau des Kranken nur die sich

auf ihren häuslichen Wirkungskreis beziehenden Sachen herausgeben (vgl. § 276 Nr. 5d).

3. **RG.** JW. **10** 233, HansGZ. **10** Beibl. 173. Geschäftsführung ohne Auftrag eines Vormundes nach beendeter Vormundschaft für das frühere Mündel ist anzunehmen, wenn der Vormund es für seine Aufgabe angesehen hat, auch weiter für das Mündel und in seinem Interesse tätig zu werden. Er hat alsdann auch die Verpflichtung, einen dem Mündel zugestoßenen Unfall rechtzeitig bei der Berufsgenossenschaft anzumelden.

4. **RG.** JW. **10** 186, R. **10** Nr. 884. Wenn eine Stadtgemeinde eine Sanitätseinrichtung trifft, um bei Unglücksfällen auf öffentlichen Straßen und Plätzen sofort einzuschreiten, so ist Gegenstand ihrer Geschäftsführung für den Fiskus nur die Ausführung der einzelnen Transporte von verunglückten und hilflosen Personen, deren Wegschaffung von den öffentlichen Orten an sich zu den Aufgaben der örtlichen Polizei gehört; die Einrichtungen dagegen, die zu diesem Zwecke getroffen werden, sind nur die Mittel zum Zwecke und betreffen die Ausführung der übernommenen Geschäftsführung.

5. Geschäftsführung eines Notars bei Weitergabe eines ihm zum Protest übergebenen Wechsels an einen anderen Notar? **a**) DJZ. **10** 641 (KG.). Der Notar, der einen noch rechtzeitig mittags ½1 Uhr am letzten Fristtag erhaltenen Wechselprotestauftrag nicht sofort ablehnt, sondern seinen Bureauvorsteher anweist, falls er nicht bis ½4 Uhr zum Bureau zurückkehre, für eine anderweite Protestierung zu sorgen, handelt nicht als auftragloser Geschäftsführer. Es lag für den Notar kein Grund vor, für den in unmittelbarster Nähe wohnenden Auftraggeber, ohne von ihm eine in allerkürzester Frist zu erlangende Auskunft über die von ihm gewünschten Maßregeln zu erbitten, als dessen Geschäftsführer aufzutreten, da um jene Zeit eine Dringlichkeit für die Protestaufnahme noch nicht vorlag. Auch die Voraussetzungen des § 678 sind gegeben, da der Auftraggeber bei normalerweise vorauszusetzender Sorgfalt weder das mit dem Aufschube der Protestaufnahme verbundene Risiko auf sich genommen, noch die Hinausschiebung der Erklärung des Protestaufnahmeauftrags an einen anderen Beamten auf drei Stunden gebilligt haben würde. **b**) Vgl. hierzu DNotV. **10** 372 und **c**) Falkmann, DJZ. **10** 643. Ist in dem Momente, wo der Auftrag bei dem Notar persönlich (nicht bei seinem zur Annahme nicht befugten Bureauvorsteher) eingeht, noch ausreichende Zeit vorhanden, daß der Auftraggeber selbst seine Angelegenheit besorgt, so muß der Notar ihn nach Art. 83 PrFGG. von der Ablehnung in Kenntnis setzen und ihm damit das weitere selbst überlassen. Nur wenn besondere Umstände vorliegen, aus denen ersichtlich ist, daß der Auftraggeber wünscht, daß der Notar, wenn er selbst ablehnt, den Auftrag direkt an einen anderen Notar weitergibt, mag von der Benachrichtigung nach Art. 83 abzusehen sein. Eine allgemeine Präsumtion für einen solchen Willen des Auftraggebers kann nicht daraus hergeleitet werden, daß es für ihn bequemer sei, wenn der Notar den Auftrag weitergebe. Jeder ist Herr seiner Angelegenheiten und niemand befugt, seine Dienste aufzudrängen. — Ist der Notar bei Eingang des Auftrags nicht anwesend, so hat er sich unverzüglich nach seinem Eintreffen schlüssig zu machen. Ergibt sich in diesem Zeitpunkte, daß, wenn er den Auftrag an den Auftraggeber selbst gemäß Art. 83 zurückgibt, Gefahr besteht, daß die Protestfrist nicht mehr gewahrt werden kann, so liegen unbedenklich die Voraussetzungen einer erlaubten Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

6. EisenbE. **26** 129, ElsLothJZ. **09** 242 (Colmar). Macht bei Körperverletzungen unterhaltsberechtigter Personen der Unterhaltspflichtige die zur Heilung erforderlichen Aufwendungen, so steht ihm ein unmittelbarer und selbständiger Anspruch auf deren Ersatz nicht aus § 823, wohl aber

gemäß § 677 zu. Der unterhaltspflichtige Vater kann als Aufwendungen die Heilungskosten und den Ersatz des ihm entgangenen Verdienstes verlangen, soweit er diesen Verlust zum Zwecke der Heilung seiner Kinder erlitten hat.

7. SächsRpflA. **10** 122 (Dresden). Auf die Beseitigung der Mängel durch den Mieter im Falle von § 538 Abs. 2 finden die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung. Eine solche liegt nicht vor, vielmehr ist Inhalt und Umfang des Rechtes des Mieters, selbst die Mängel zu beseitigen, lediglich aus der dem Vermieter gesetzlich obliegenden Pflicht aus dem Mietvertrage zur Beseitigung der Mängel zu entnehmen, selbst wenn diese Beseitigung dem Willen und dem Interesse des Vermieters entgegenstehen sollte.

§ 679. Vgl. insbesondere hierzu Ahrens (Lit. zum 11. Titel).

§ 682. Literatur: Klein, Zu § 682 BGB., KGBl. **10** 81.

*Klein erörtert die beiden Fragen: 1. Wie weit reicht die Verweisung im § 682 auf die §§ 823 ff. BGB.? 2. Ist die Übertragung der §§ 107, 111 BGB. auf die von einem beschränkt Geschäftsfähigen vorgenommene Geschäftsführung zulässig? — Die erste Frage wird für BGB. §§ 823 (824, 826, 833), 827, 828 I, 828 II Satz 1 (hier besonders ausführlich), 828 II Satz 2, 829, 832 erörtert. Die zweite Frage wird dahin entschieden, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Geschäftsführer, falls er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters die Geschäftsführung besorgt, nach allgemeinen Grundsätzen wie ein geschäftsfähiger Geschäftsführer haftet (arg. § 179 III BGB.). Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur neg. gestio eines Geschäftsunfähigen wirkungslos. Unter Umständen wird der gesetzliche Vertreter dem beschränkt geschäftsfähigen gestor aus der Zustimmung schadensersatzpflichtig.

§ 684. RG. BankA. **9** 315, BayRpflZ. **10** 133. Löst ein Unbeteiligter einen Wechsel ein, ohne als Ehrenschuldner aufzutreten, und erhebt er aus auftragsloser Geschäftsführung Ersatzansprüche gegen den befreiten Indossanten, so steht diesem der Einwand zu, daß er durch die Tilgung des Wechsels seinerseits Regreßansprüche gegen dritte Personen eingebüßt habe.

§ 687. 1. **RG.** JDR. **8** § 687 Nr. 1 jetzt auch GruchotsBeitr. **54** 153, BankA. **9** 347 LeipzZ. **10** 310.

2. SächsOLG. **31** 257, R. **10** Nr. 3757 (Dresden). Der Beauftragte, der die ihm zur Diskontierung übersandten Prolongationswechsel, obwohl er Prolongation und Diskontierung für den Auftraggeber ablehnt, im eigenen Interesse verwertet, ist zur Zahlung des Erlöses der Wechsel verpflichtet.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

Literatur: v. Amelunxen, Die Einzahlung der Darlehnsvaluta zu Händen des Notars, ElsLothNotZ. **10** 161 ff.

§ 688. 1. Einzahlung von Geldern beim Notar. *v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **10** 161 ff. In den Ländern des sog. reinen Notariats bildet die Einzahlung von Geldern, wie Kaufpreisen, Übertragpreisen, Darlehen, Schuldzinsen u. dgl. zu Händen des Notars, der das zugrunde liegende Rechtsgeschäft beurkundet hat, regelmäßig keine „Hinterlegung" oder „Verwahrung" trotz der Bezeichnung „Hinterlegungsregister", „Verwahrungsbücher" u. dgl. für die vom Notar kraft Dienstrechts zu führenden Geldkontrollbücher. Der Notar empfängt vielmehr das Geld entweder als einseitig Beauftragter des Zahlenden, oder als Empfangsbevollmächtigter eines anderen, für dessen Rechnung er es erhebt, oder namens des letzteren mit einer gleichzeitigen Weisung (§ 665) des Zahlenden (vgl. § 662 Nr. 2).

2. **RG.** JW. **10** 574 Nr. 6, SächsRpflA. **10** 265, R. **10** Nr. 1937. Der Leiter einer Heilanstalt, welcher die Sachen der aufgenommenen Kranken in

Verwahrung nehmen oder ihnen abnehmen läßt, hat die Verpflichtung, sie für die Kranken aufzubewahren (vgl. § 276 Nr. 5 d, § 677 Nr. III 2).

3. **RG.** WarnE. **3** 256. Die Vereinbarung einer Leihe kann den Abschluß eines Verwahrungsvertrags in sich begreifen.

4. SeuffA. **65** 413, SchlHolstAnz. **10** 181 (Kiel). Aus einem neben dem Bankverwahrungsvertrage geschlossenen Verwaltungsvertrag über die in Depot gegebenen Wertpapiere kann der Bankier verpflichtet sein, den Kunden von der bevorstehenden und im Reichsanzeiger bekannt gemachten Neuausgabe der deponierten Aktien zu benachrichtigen.

§ 689. *Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, IheringsJ. **56** 329 ff. (383, 387). Ohne Bedeutung ist die Berufung darauf, man habe dem Arbeitnehmer keine Vergütung oder nur eine geringere Vergütung zahlen wollen. Der Wirkung dieser Norm kann nicht durch Anfechtung begegnet werden.

§ 694. Literatur: Senckpiehl, Haftung des Auftraggebers für den durch das Gut angerichteten Schaden, EisenbE. **26** 350.

Senckpiehl. Durch § 694 ist formell die Haftung des Eigentümers für die durch seine Sache entstandenen Beschädigungen anders geregelt als die Haftung auf Grund der §§ 276 ff. Sie ist aber materiell nicht erheblich verschieden. Liegt einer der drei im § 694 Halbsatz 2 genannten Tatbestände vor, so ist auch in der Regel keine Fahrlässigkeit oder kein Kausalzusammenhang vorhanden. Es handelt sich also auch bei § 294 um eine Haftung „für schuldhaftes Verhalten", sei es, daß man eine culpa in contrahendo oder eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht überhaupt annimmt.

§ 696. *Stahl (s. § 321 Nr. 1 a). Diese Vorschrift findet Anwendung auch auf den entgeltlichen Verwahrungsvertrag (33). Beim Verwahrungsvorvertrage kann der Verwahrer aus wichtigem Grunde die Übernahme der Verwahrungssache verweigern (32).

§ 700. 1. R. **10** Nr. 1241 (KG.). Wer Geld bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle im Interesse eines Dritten, z. B. in einer Strafsache, aber auf eigenem Namen hinterlegt, ist allein der Hinterlegungsstelle gegenüber rückforderungsberechtigt (**RG. 58** 273). Der Dritte, aus dessen Vermögen das Geld stammt, hat keinen Anspruch, insbesondere keinen Bereicherungsanspruch. Denn das Eigentum an dem hinterlegten Gelde ist nach § 7 PrHinterlegO. auf den Staat übergegangen. Dieser kann sich daher auch nicht auf Kosten des bisherigen Eigentümers bereichert haben und deshalb kann auch von einer analogen Anwendung des § 951 BGB. keine Rede sein.

2. Abs. 2. Ausdrückliche Vereinbarung. **a)** *Henle, Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung. Eine ausdrückliche Willenserklärung nach dem BGB. liegt dann vor, wenn die Willenserklärung in erster Linie (unmittelbar) (18) lediglich den fraglichen Inhalt ergibt (31); stillschweigend ist die Erklärung, die bereits in erster Linie — mit oder gar allein — noch etwas anderes ergibt als den betreffenden Inhalt (21). **b)** *Titze, Die Lehre vom Mißverständnisse (Berlin 1910) 74. Ausdrücklich im Sinne dieses Paragraphen heißt so viel wie deutlich. S. a. § 244 Ziff. 3.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

Literatur: Schwarz, Die Haftpflicht des Stallwirts für Beschädigung der eingestellten Tiere infolge Mangelhaftigkeit des Stalles, SeuffBl. **10** 62.

§ 701. 1. OLG. **20** 226, SeuffBl. **10** 259 (München). Der Arzt, der ein Sanatorium hält, das aber zugleich eine feine Familienpension ist und also auch Gesunde aufnimmt, ist Gastwirt im Sinne von § 701. —

Über die Frage, ob der Gast, der in dem Sanatorium einen Brillantring verloren hat, den Verlust selbst verschuldet hat, s. § 254 Nr. II 3d.

2. Einstellung von Pferden, Wagen u. ähnl. (s. § 305 Nr. 3 f). Ferner a) Schwarz, SeuffBl. **10** 62 ff. Logiert ein Gast in einem Gasthaus, in dem gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufgenommen werden, und stellt er seine Tiere in den Gaststall, so haftet der Gastwirt für die den Tieren infolge Mangelhaftigkeit des Stalles zugefügten Beschädigungen, da eingestellte Tiere als eingebrachte Sachen im Sinne des § 701 gelten (vgl. SeuffA. **59** 253). Handelt es sich jedoch um keinen Logiergast im Sinne des § 701, so tritt Haftung des Gastwirts nur bei Verschulden ein. **b)** **RG.** JW. **10** 750 Nr. 6, WarnE. **10** 275, R. **10** Nr. 2490. § 701 ist nicht anwendbar, wenn die Gäste den Stall unentgeltlich benutzen. Jedoch liegt ein Vertrag vor, wonach der Gastwirt dafür einzustehen hat, daß der Stall überhaupt zur Einstellung von Pferden geeignet ist. **c)** OLG. **20** 224 (Königsberg). § 701 ist nicht anwendbar, wenn jemand bei einem Gastwirte seinen Wagen einstellt, ohne sich beherbergen zu lassen. Trotzdem kann ein Vertrag vorliegen.

§ 702. BadRpr. **10** 113 (Karlsruhe). Kostbarkeiten im Sinne von § 712 sind nicht nur Luxus-, sondern auch Gebrauchsgegenstände, wie wertvolle künstliche Zähne.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung: Entscheidungen oder Veröffentlichungen von grundlegender Bedeutung sind im Berichtsjahre nicht zu verzeichnen. Auch die in den Bänden 73 und 74 der offiziellen Sammlung des Reichsgerichts enthaltenen Urteile betreffen meist die auch sonst in der Praxis vorwiegend zweifelhafte Abgrenzung des Gesellschaftsvertrags von anderen Verträgen. Einen besonderen Hinweis verdient immerhin das Urteil **RG. 74** 33 über die Natur des Syndikatslieferungsvertrags (s. § 705 Ziff. III zu 3 K b). — Der diesmalige Bericht bringt bei § 705 eine Zusammenstellung des Kartell- und Syndikatsrechts; sie soll dazu dienen, an einer Stelle das gesamte Material über diese für die moderne Wirtschaftsverfassung so bedeutsame Organisationsform zusammenzufassen.

Literatur: Affolter, Zur Lehre von der Gesellschaft. AbürgR. **35** 225 ff.

§§ 705 ff. Affolter, AbürgR. **35** 225 ff. Von dem Standpunkt ausgehend, daß die Gesellschafter Rechte und Pflichten gegen die einzelnen anderen Gesellschafter (nicht gegen sämtliche Gesellschafter als Vereinigung) haben, und auf Grundlage der Theorie der geteilten Mitberechtigung erörtert Verf.: 1. Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander, insbesondere Beitrags- und Nachschußpflicht, Anspruch auf Gewinn und auf die Liquidationsquote. Die gemeinschaftlichen Aktiven und Passiven bestehen aus Miteigentum, Gesamtforderungen, Gesamtschulden, beherrscht von zwei speziellen Rechtssätzen: Bindung der Aktiven durch besondere Zweckbestimmung, Haftung der Aktiven für die Passiven. Den materiellrechtlichen Verhältnissen wird die formal-wirtschaftliche Betrachtungsweise gegenübergestellt, die von dem Vorhandensein der Gesellschaftskasse ausgeht: die Institution oder Kasse ist formelles Subjekt der Forderungen auf Beiträge oder Nachschüsse, der Pflichten auf Auszahlung der Gewinnanteile, des Schlußguthabens, wie überhaupt des Gesellschaftsvermögens gegenüber den Gesellschaftern. 2. Das Verhältnis zu Dritten. Es gilt hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens, seiner Bestandteile und der beiden speziellen Rechtssätze dasselbe wie zu 1. Die Gesellschafter als Subjekte des Vermögens. Stellung des Gläubigers einer Gesellschaftsschuld, Haftung. An- und Abwachsung bei Ausscheiden und Eintritt. Der Gesellschafter als Dritter gegenüber den Gesellschaftern. Rechtsstellung des nicht rechtsfähigen Vereins, der AG. usw. Folgerungen für den Begriff der juristischen

Person. 3. Ist das Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern ein vertragliches oder gesetzliches? Verf. entscheidet sich für ein gesetzliches mit Rücksicht auf die Wirkungen gegenüber Dritten usw. Es besteht eine Organisation. Natur der Gründung.

§ 705. I. Begriff und Wesen des Gesellschaftsvertrags. 1. Wesentliche Erfordernisse. **a)** Zweckförderungspflicht. α. **RG. 73** 286, JW. **10** 649 Nr. 4, R. **10** II Ziff. 2359. Eine Verabredung zwischen zwei Inhabern gleichartiger Geschäfte, daß jeder am Gewinne des anderen teilnehmen solle, ohne daß er das andere Geschäft förderte oder verpflichtet wäre, in seinem eigenen auf die Erzielung von Gewinn hinzuwirken, ist kein Gesellschaftsvertrag. Besteht aber eine solche Pflicht, so ist der Ausschluß wechselseitiger Einmischung mit §§ 705, 708 verträglich. β. **RG. 74** 11. Natur eines Vertrags über Vorschießung von Grundstückserwerbskosten, Straßenbaukosten, Baugelddarlehn gegen Zahlung des Lombardzinsfußes, Provision und Gewinnbeteiligung: kein Gesellschaftsvertrag, kein gemeinsamer Zweck, durch Hergabe der Kapitalien wird die Erreichung besonderer, in Geld bestehender Vorteile für den Darleiher, wenn auch in der Form der Gewinnbeteiligung erstrebt (Schuldverschreibungsstempelpflicht). γ. **RG.** R. **10** II Ziff. 311. Verstoß gegen den Gesellschaftszweck und die Vereinbarung, ein Grundstück für gemeinschaftliche Rechnung zu erstehen und den Gewinn zu teilen, wenn der Gesellschafter das in der Zwangsversteigerung erstandene Grundstück nicht als gemeinschaftliches behandelt, sondern als sein ausschließliches Eigentum in Anspruch nimmt und die Ausfallsforderung für die Hypothek gegen den Mitgesellschafter geltend macht: Einrede der Arglist mit Rücksicht auf den Verzicht auf Geltendmachung der Hypothek als Ausfallsforderung, unbeschadet freilich des Rechts auf Ansetzung des Hypothekverkaufpreises bei späterem Verkauf des Grundstücks mit Gewinn für gemeinschaftliche Rechnung. **b)** Notwendigkeit von Vermögen und Beiträgen? α. JDR. **8** § 705 I 1. β. Schl. HolstAnz. **10** 206 (Kiel). Abgrenzung vom Vereine. Vereinigung von Gewerbetreibenden zu einem Ringe, um Mindestsätze als Vergütung ihrer Leistungen zu erzielen: Der Annahme einer Gesellschaft steht nicht entgegen, daß die Leistung von Beiträgen und die Bildung eines besonderen Vermögens nicht vorgesehen ist. Andererseits würde der Umstand, daß die Vereinigung wohl ihrem ganzen Zwecke nach nicht auf die Personen der Versammlungsteilnehmer beschränkt sein sollte, für das Vorliegen eines Vereins sprechen, wenn auch die Vertragsbestimmungen weder eine eingehende korporative Organisation, noch die Absicht der Vertragsteilnehmer, als korporative Einheit aufzutreten, erkennen lassen. Die Gültigkeit des Vertrags hängt davon ab, ob er eine so starke Beschränkung der gewerblichen Freiheit enthält, daß er sich als Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. Dies würde schon dann angenommen werden können, wenn die Mitglieder sich etwa auf eine völlig unbestimmte und durch die Entschließung des einzelnen Mitglieds nicht abzuändernde Zeitdauer gebunden hätten. In diesem Sinne ist aber die Anordnung des Vertrags, daß die Dauer der getroffenen Bestimmungen unbeschränkt sein soll, nicht zu verstehen (§ 723). Vgl. auch bei § 54. γ. Innhäuser, Miteigentum oder Gesellschaftseigentum an Grundstücken. ZBlFG. **10** 149. — Vgl. hierzu **RG. 42** 165 und **59** 175. **c)** Abgrenzung von anderen Vereinigungen (Mitgliederidentität). **RG.** JW. **10** 182 Nr. 3. § 705 (54) beschränkt die Gestaltung des Vereinslebens insoweit nicht, als er der Auffassung der Zahlstelle eines Holzarbeiterverbandes als selbständigen Vereins auch insoweit nicht entgegensteht, als diese Zweigvereinigung ohne weiteres jedes Mitglied des Hauptvereins als solches des Zweigvereins gelten lassen und behandeln, und jedes Mitglied des Hauptvereins, wenn es nicht auch die Zugehörigkeit zu diesem aufgeben will, dem Zweigverein angehören muß.

2. Abgrenzung gegen andere Vertragstypen. a) Darlehen (vgl. JDR. 8 § 705 I 2). OLG. 20 213 (Braunschweig). Indirekter Beweis für Darlehen (durch Bezahlung von Geschäftsschulden), das bei Auflösung der Geschäftsverbindung fällig sein soll statt Gesellschaftseinlage: daß durch die Zahlung keine Verbindlichkeit erfüllt werden sollte oder auch ohne Verpflichtung zu einer Kapitaleinlage keine Beteiligung als stiller Gesellschafter am Geschäfte des Empfängers erfolgen sollte; Möglichkeit einer Kapitaleinlage auch ohne Verpflichtung in Voraussetzung eines endgültigen Abkommens. Ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers nur, wenn diese Voraussetzung zum Vertragsinhalt und zur Beteiligungsbedingung erhoben worden ist (RG. 62 267, 66 132, OLG. 2 383). b) Arbeitsvertrag. α. OLG. 20 228 (Hamburg). Kürzung des Gewinnanteils eines Teilhabers wegen Fernbleibens vom Geschäfte: nicht Darlehen oder Dienstvertrag, sondern Gesellschaft, obwohl neben der Verzinsung für die Kapitaleinlage ein Prozentsatz des Nettogewinns für die zu leistenden Dienste festgesetzt ist; hergeleitet aus der Bezeichnung des Einlegenden als stiller Teilhaber und aus der Vertragsbestimmung, die für die Verwendung von Geldern zu bestimmten Zwecken Übereinstimmung der Vertragschließenden fordert. Der Gewinnanteil, der keine Bezahlung teilbarer Leistungen, sondern mit den Zinsen zusammen Gegenwert für die Gesamtleistung des Klägers bildet, kann daher nicht gekürzt werden. Kein Verschulden, wenn das Fernbleiben nach Streitigkeiten mit dem anderen Gesellschafter erfolgte. β. RG. LeipzZ. 10 298 Nr. 1. Gesellschafts- oder Handlungsgehilfenvertrag? Gehilfenvertrag angenommen trotz Bemessung des Gehalts nach dem Ertrage, Teilnahme am Gewinn und Verluste, Belassung des Gehalts gegen Verzinsung im Geschäfte, bei monatlicher Entnahme eines Unterhaltsbetrags, der auf Gewinn und Verlust zu verrechnen ist: der Filialleiter ist als ein von der Geschäftsleitung abhängiges Glied in den Organismus des Geschäfts eingegliedert. Die Abrede über die Entlohnung verstößt gegen die guten Sitten. c) Schenkung oder Dienstvertrag? RG. 74 139. Nachträgliches Vergütungsversprechen für eine vermittelnde Tätigkeit gegenüber einem Verwandten: Schenkung oder gesellschaftliche Unterbeteiligung an der Provision des Versprechenden? RG. entscheidet sich für Dienstvertrag (s. § 516 Ziff. II 2).

II. Form. Verhältnis zu § 313. (S. § 313 zu I Ziff. 1 h.) Parzellierungsvertrag. RG. LeipzZ. 10 79. Unabwendbarkeit des § 313, wenn das zu parzellierende Grundstück niemals Eigentum eines Gesellschafters oder der Gesellschaft war, noch jemals werden sollte, vielmehr die Teilstücke von dem an der Gesellschaft nicht beteiligten bisherigen Eigentümer an den Parzellenerwerber unmittelbar aufgelassen werden sollten.

III. Einzelne Fälle. 1. Losgesellschaft. RG. SchlHolstAnz. 10 31. Das gemeinschaftliche Spielen eines (hamburger) Loses ist als Gesellschaftsvertrag aufzufassen. Derjenige, der den Erwerb des Loses übernimmt, ist als geschäftsführender Gesellschafter anzusehen; die Einziehung des Gewinns in der Absicht, ihn für sich zu verwenden, ist strafbare Untreue (Bevollmächtigter; § 266 StGB., § 718 BGB.). Gültigkeit des Vertrags, auch wenn der andere Mitspieler bei Vertragsabschluß in Preußen wohnte.

2. Gesellschaftsähnliche Verträge. OLG. 20 212 (Hamburg). Gesellschaftsähnlicher Charakter eines Vertrags über Hingabe eines Darlehens zur Verwendung im Geschäfte. Analoge Anwendbarkeit des § 723 Abs. 2 (positive Vertragsverletzung), §§ 326, 327, 346 ff. bei Gefährdung oder Vereitelung des mit der Darlehnshingabe verfolgten Zweckes, Rückforderung des Darlehens.

3. Syndikate und Kartelle. A. Konventionen Gewerbetreibender. Rechtliche Natur s. JDR. 8 § 705 III B (RG. 53 19) und § 54, 1 c, JDR. 5 § 705, 3 b, JDR. 4 § 705, 3 b, JDR. 3[1], §§ 21, 22 unter 5 c.

B. Beteiligungsziffer. a) Übergang auf den Erwerber bei Zechenveräußerung. JDR. 8 § 717 unter 1 und Anhang hinter § 738, **RG. 70** 283, **48** 305. b) Erhöhung bei veränderter wirtschaftlicher Entwickelung. JDR. 8 § 743³.

C. Vertretung des Syndikats gegenüber den Mitgliedern. Legitimation zur Empfangnahme der Meldungen bei Abschlüssen mit Dritten. JDR. 8 § 28 unter 2 und § 714.

D. Geschäftsführung. Mehrheitsentscheidungen. JDR. **7** § 709 unter 2.

E. Rechnungsabschlußpflicht nach Auflösung. JDR. 8 § 721 unter 1.

F. Vertragsstrafen. JDR. **4** § 706 unter 2.

G. Konkurrenzverbote. JDR. **4** § 708.

H. Kündigung. a) Erschwerung. JDR. **5** § 723 unter 1, JDR. 8 § 723 unter 1. b) Des Lieferungsvertrags s. K b.

J. Endigung. JDR. 2¹ § 726, **RG. 53** 19.

K. Die Lieferungspflichten. Vgl. auch JDR. 3¹ unter 5 c zu §§ 21, 22. a) *Dalberg, Rechtliche Natur der Lieferungsverpflichtung von Syndikatsmitgliedern an das Syndikat, DJZ. **10** 255/256. Wenn ein Syndikat die gesamte Produktion eines industriellen Werkes als Selbstkäufer übernommen hat, so entsteht eine konkrete Einzel-Lieferungsverpflichtung des Werkes nicht schon mit dem Auftragschreiben des Syndikats, sondern erst mit dessen Bestätigung durch das Werk. Denn der Abschluß des Syndikatsvertrags bedeutet im Zweifel nicht einen Kauf der gesamten Werksproduktion durch das Syndikat, auch nicht eine dauernde Offerte des Werkes an das Syndikat zur Lieferung zu den Syndikatsbedingungen, sondern enthält lediglich eine Verpflichtung des Werkes, einzelne Kaufverträge zu den Syndikatsbedingungen abzuschließen. Das Werk kommt event. zunächst mit der Zusageerklärung in Verzug. b) **RG. 74** 33, JW. **10** 809 Nr. 23, BauersZ. **18** 33, DJZ. **10** 1233. Lieferungsvertrag eines Zementsyndikats (GmbH.) mit den einzelnen ihm beigetretenen Werken: sind schon im GmbHVertrag die gegenseitigen Rechte und Pflichten vereinbart, die zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes erforderlich erscheinen, und wird im Anschlusse hieran in dem besonderen Lieferungsvertrage mit der neuen Gesellschaft nur das Lieferungsverhältnis geordnet, so ist damit die Annahme, daß der Lieferungsvertrag als solcher ein Gesellschaftsvertrag des allgemeinen bürgerlichen Rechtes sei, nicht vereinbar: Kein weiteres Vertragsverhältnis der Mitglieder untereinander, kein Gesellschaftsvertrag der GmbH. einerseits, aller einzelnen Mitglieder andererseits. Keine vorzeitige Kündigung des Lieferungsvertrags gemäß § 723 BGB. Vgl. andere tatsächliche Gestaltung in **RG.** 4. 1. 05, wo bei dem Lieferungsvertrag als wechselseitig berechtigte und verpflichtete Vertragsparteien die einzelnen Mitglieder des Syndikats und die zur Erreichung des Vereinszwecks als gemeinsame Geschäftsstelle gegründete AG.

L. Übergang von Kartellpflichten auf den Rechtsnachfolger. JDR. **7** § 717, 3.

§§ 709, 710. Geschäftsführungsbefugnis. Über Klagebefugnis eines Gesellschafters s. § 719.

§ 709. Mehrheitsbeschlüsse. Vgl. Loebinger, Abänderung des Inhalts eines Gesellschaftsvertrages gemäß § 705 ff. durch Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafter. DJZ. **11** 150. Für Zulässigkeit. Vgl. §§ 707, 712, 715, 723, 724.

§ 712. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis s. Stahl bei § 321 BGB. (o. 132).

§ 714. Vermutung für die Vertretungsmacht des Geschäftsführers. a) **RG.** JW. **10** 227 Nr. 2. RG. hält im Anschluß an **RG. 63** 65 daran fest, daß etwas von § 714 Abweichendes nicht bloß durch Aufnahme einer

ausdrücklichen oder stillschweigenden Abrede über auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung vereinbart werden kann, sondern auch allgemein dadurch, daß die Vertretungsmacht des für die Gesellschaft Handelnden nur dahin erteilt wird, die Gesellschafter mit Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen zu verpflichten. Bei nicht rechtsfähigen und insbesondere Ausstellungsvereinen ist dies der Regelfall und jedem ohne weiteres erkennbar, der Vertragsgegner muß nachweisen, daß ausnahmsweise eine weitergehende Vertretungsmacht bestand. b) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 94. Die Befugnisse des Geschäftsführers einer Gesellschaft zur Unterbringung einer großen Menge von Aktien für gemeinschaftliche Rechnung sind nach den konkreten Umständen des Falles zu beurteilen. Ungewöhnlich ist, wenn die Übernahme der Aktien durch einen mit dem Geschäftsführer kontrahierenden Dritten davon abhängig gemacht wird, daß ihm für 3 Jahre die Bierlieferung der AG. übertragen wird und er sich ferner das Recht zur Rückgängigmachung der Aktienübernahme für den Fall ausbedingt, daß die AG. ihm die Bierlieferung nicht für weitere drei Jahre übertragen würde, und zwar ohne daß s i e die eine dahingehende Verpflichtung übernommen hätte. Die Konsorten übernahmen nicht nur das Risiko einer Entwertung der Aktien in einem Zeitraume von 3 Jahren, sondern auch die s o l i d a r i s c h e Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises (§ 421 BGB.). Man wird in einem solchen Falle von dem Gegenkontrahenten verlangen können, daß er die Vollmacht des Geschäftsführers zu so ungewöhnlicher Abmachung feststellt. Etwas anderes war es, wenn man Geschäftsleute dadurch zur Übernahme von Aktien bestimmte, daß man gleichzeitig die AG. veranlaßte, ihnen gewisse Geschäfte zu übertragen. Bereicherungshaftung nicht geltend gemacht, ergibt sich nicht aus vorgetragenen Tatsachen.

§ 717. A b t r e t u n g v o n A n s p r ü c h e n d e r G e s e l l s c h a f t e r g e g e n e i n a n d e r. a) B e i t r ä g e u n d E i n l a g e n. α. **RG.** LeipzZ. **11** 61 Nr. 17, R. **10** II Ziff. 3911. Anspruch auf Leistung von Gesellschaftsbeiträgen nach § 717 Abs. 1 an sich nicht übertragbar, auch nach § 718 nicht zum Gesamtvermögen gehörig. § 718 ist aber dispositiv (**RG. 54** 301). β. Ebenso OLG. **20** 231, R. **10** II Ziff. 1551 (KG.) für Einlagen (Beiträge). b) G e s c h ä f t s f ü h r u n g s - a n s p r ü c h e. **RG.** LeipzZ. **10** 216 Nr. 20, R. **10** II Ziff. 312, WarnE. **3** 56, HoldheimsMSchr. **10** 278, BayRpflZ. **10** 98, SeuffBl. **10** 677. Die im § 717 Satz 2 zugelassenen Ausnahmen vertragen keine Ausdehnung (**RG. 67** 17). Welche Ansprüche aus der G e s c h ä f t s f ü h r u n g übertragbar sind, ergibt § 713 in Verbindung mit den darin angezogenen Vorschriften, insbesondere gehört hierher der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, nicht dagegen die gegenseitigen Ansprüche auf Leistung der gesellschaftlichen Beiträge.

§ 718. G e s e l l s c h a f t s v e r m ö g e n. 1. Z u g e h ö r i g k e i t v o n n o c h n i c h t g e l e i s t e t e n B e i t r ä g e n s. § 717.

2. S t e l l u n g d e r G e s e l l s c h a f t e r. R. **10** II Ziff. 887 (Stuttgart). Sie sind Miteigentümer, n i c h t nach Bruchteilen.

3. Ü b e r g a n g s r e c h t. **RG.** LeipzZ. **10** 294 Nr. 24. Unanwendbarkeit der Artt. 173, 181 Abs. 2 EGBGB. auf eine rheinisch-französischrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand (artt. 1476, 883 c. c.), vielmehr unveränderte Fortdauer (Art. 200 Abs. 1 EG.) — gegen RheinA. **102** 254.

§ 719. 1. V e r f ü g u n g ü b e r d e n A n t e i l. **RG.** LeipzZ. **10** 75. §§ 705, 719 sind dispositiv: es kann in den Statuten freie Abtretbarkeit der Anteile gestattet werden; mit Zustimmung aller Gesellschafter freie Anteilsübertragung.

2. Verfügung über einzelne Gegenstände des Gesellschaftsvermögens; K l a g e - befugnis. R. **10** II Ziff. 886 (Cassel) gegen **RG. 70** 32 (JDR. **8** § 719 Ziff. 2).

§ 721. R e c h n u n g s a b s c h l u ß. a) N a t u r d e r V o r s c h r i f t. A l l g e m e i n e s P r i n z i p? Über die Voraussetzungen der Rechenschaftspflicht

über diese und die anderen gesetzlich geregelten Einzelfälle hinaus s. **RG. 73** 288. **b)** Verhältnis zu anderen Rechten. OLG. **20** 230 (Frankfurt). Pflicht zur Herausgabe des Kaufpreises (Wechsel, Aktien) und Rechnungslegung hierüber des mit einer Patentverwertung betrauten Gesellschafters (§ 667). Die anderen Gesellschafter sind nicht auf die Rechte aus § 716 und die Befugnis vollständige Auseinandersetzung zu verlangen beschränkt (§ 731). Die §§ 730², 709, 710—716 stehen nicht entgegen, keine Beschränkung auf § 723. Kein Zurückbehaltungsrecht wegen Auslagen.

§ 723. Kündigungsrecht. I. Wichtiger Grund. *Stahl. Die Aufzählung der wichtigen Gründe schafft keineswegs eine praesumtio iuris et de iure, sondern gibt dem Richter einen Maßstab für die Beurteilung der Einzelfälle. Eine Folge der Aufzählung ist die Umkehrung der Beweislast für diese Fälle (35). Im übrigen s. § 321 Ziff. 1a.

II. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **10** 277 (s. JDR. **8** § 326, 7 b). Auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts kommen bei positiven Vertragsverletzungen nicht die allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326, 276 BGB., sondern § 723 zur Anwendung. **b) RG.** LeipzZ. **10** 768 Nr. 4, BankA. **10** 62, R. **10** II Ziff. 3170. Ein Beteiligter eines Aktienbegebungskonsortiums hat keinen Anspruch auf Überlassung seines Anteils an den Aktien zu eigener Verwertung; verlangt er seine Aktien vor Erledigung der gemeinsamen Begebungsaktion zur eigenen Verwertung heraus, so scheidet er, wenn ihm dies bewilligt wird, aus der Gelegenheitsgesellschaft aus.

III. Kündigungsempfänger. **a)** OLG. **20** 30 (Braunschweig). Die geschäftsführenden Gesellschafter sind grundsätzlich nicht befugt, die Kündigungserklärung entgegenzunehmen (anders beim nicht rechtsfähigen Verein). **b)** Schl. HolstAnz. **10** 206 (Kiel). Die Kündigung kann im allgemeinen nur allen Gesellschaftern gegenüber erfolgen, sofern nicht unter besonderen Umständen (Bildungsgrad, Geschäfts- und Schriftgewandtheit, sonstige Befugnisse) ein Gesellschafter nach der Vertragsabsicht zur Empfangnahme auch namens der übrigen Gesellschafter als ermächtigt gilt.

IV. Einzelfall. Kündbarkeit von Syndikatslieferungsverträgen **RG. 74** 33 s. oben § 705 unter III 3 K b.

§ 738. Ausscheiden eines Gesellschafters. **RG.** WarnE. **3** 454, R. **10** II Ziff. 4076, 4077. Rücktritt eines Mitgründers einer GmbH. vor vollendeter Gründung: Anspruch auf Rückzahlung der bereits geleisteten Einzahlung wegen Wegfalls des den rechtlichen Grund darstellenden Vertrages (Abs. 1 Satz 2 § 812 BGB.) nach vollendeter Gründung durch die anderen. Die Regelung des Verhältnisses zu dem Ausgeschiedenen liegt im Bereich des Gründungsunternehmens, es entstehen Rechte und Pflichten der Gründungsgesellschaft; mit der Eintragung der GmbH. findet keine Übertragung auf einen anderen Rechtsträger: nur Umbildung der Beteiligungsform der bisherigen Inhaber des Vermögens am Gesellschaftsvermögen.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

Vorbemerkung: Von besonderem Interesse ist die bei § 747 mitgeteilte Entscheidung des RG. über den Einfluß der Geschäftsunfähigkeit nur des einen Teilhabers bei Verfügungen über den gemeinschaftlichen Gegenstand. Als maßgebend werden die Absichten der Vertragsparteien — des anderen willensfähigen Gemeinschafters und des Dritten — auch für die sachenrechtliche Gestaltung bezeichnet. Das Urteil verlangt vom Richter die Feststellung, wie die Parteien den natürlich nicht vorgesehenen Fall geregelt haben würden, wenn sie ihn in Betracht gezogen hätten. Für die Auslegungstheorie dürfte diese Entscheidung sehr bedeutsam sein. Auch die Bedeutung der Entscheidung für die „umgedeutete" dingliche Einigung wird noch klargestellt werden müssen.

§ 743. Fruchtanteil. Verhältnis zu Dritten. OLG. **20** 107 (KG.). Die gemeinschaftlich vermietenden Miteigentümer eines Hauses sind nicht Gesamtgläubiger (§ 428 BGB.). Leistung nur an alle gemeinschaftlich.

§ 745. Mehrheitsbeschlüsse. OLG. **20** 186 (KG.). Die Bestimmung gilt auch für andere Gemeinschaften als nach Bruchteilen. Die Gültigkeit eines Mehrheitsbeschlusses und der infolgedessen mit Dritten geschlossenen Verträge hängt von vorheriger Anhörung der Minderheit nicht ab. Die Ausfüllung eines Sees, der nur noch einen Sumpf bildet, fällt in den Rahmen ordnungsmäßiger Benützung. (Klage von Miteigentümern eines in der Gemeinheitsteilung ungeteilt gebliebenen Sees gegen den Pächter, auf Entfernung hineingeworfenen Mülls und Unterlassung weiteren Einwerfens, auch nach ALR. I. 17 §§ 10 ff., 15 ff.)

§ 747. Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand. a) Geschäftsunfähigkeit des einen Teilhabers. **RG.** JW. **10** 473 Nr. 12. Darlehnshypothekenbestellung auf einem im Miteigentume stehenden Grundstücke. Einfluß der Nichtigkeit der Bestellung des einen Miteigentümers gemäß §§ 104 Abs. 2, 105 BGB.: unbeschadet der nur gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis auf Grund des § 747 Satz 2 belastet die auf dem ganzen gemeinschaftlichen Grundstück eingetragene Hypothek jeden Anteil selbständig als Einzelhypothek (§ 1008), die Hypothekenbestellung kann also hinsichtlich des Anteils des verfügungsfähigen Miteigentümers gültig sein, wenn er sich als Alleinschuldner des ganzen Darlehens bekannt und zur Sicherheit dafür die Hypothek an seinem Miteigentumsanteil allein bestellt, andererseits die Hypothekarin ihm auch allein das Darlehen gewährt und sich mit einer Hypothek an dem Miteigentumsanteile der Darlehnsschuldnerin begnügt hätte. Vgl. §§ 1113 (1132), 1008 BGB. und **RG. 59** 174 für einen obligatorischen (Kauf-)Vertrag. b) Zwangsvollstreckung bei anfechtbaren Geschäften unter Miteigentümern. Roth, LeipzZ. **10** 135 ff. Hat der Schuldner seinen Miteigentumsanteil an den anderen Miteigentümer in anfechtbarer Weise veräußert, so kann der Gläubiger verlangen, daß der Erwerber die Zwangsvollstreckung in die Sache dulde, deren Alleineigentümer er in anfechtbarer Weise geworden ist, mit der Maßgabe, daß der Erlös bis zur Höhe der früheren Miteigentumsquote des Schuldners der Befriedigung des Gläubigers dient.

§ 749. Aufhebungsanspruch. a) Vorbereitende Klage. **RG.** JW. **10** 655 Nr. 14. Zulässigkeit einer der Klage auf Abschluß des Auseinandersetzungsvertrags vorausgehenden Feststellungsklage, mit der verlangt wird, daß der Teilhaber die Richtigkeit des behaupteten Gemeinschaftsbestandes (Nachlaß) anerkennt, bejaht. Vgl. § 2042. b) Vgl. Stahl zu § 321 BGB. c) Müller, Die Pfändung des Miteigentumsrechts an einem Grundstück, DJZ. **10** 702. Gegen OLG. Kolmar (JDR. **8** § 857 ZPO. I b): § 857 ist unanwendbar.

§§ 752, 753. Naturalteilung oder Verkauf? **RG.** JW. **10** 616 Nr. 7, GruchotsBeitr. **54** 958. Aufhebung der Gemeinschaft hinsichtlich einer Fährgerechtigkeit auf öffentlichen Strömen (selbständige Gerechtigkeit, fiskalisches Recht, niederes Regal) in Natur ist ausgeschlossen, erfolgt durch Verkauf. Unerheblich ist Erwerb der Gerechtigkeit seitens der Rechtsvorgänger nur zu Erbpacht statt zu Eigentum.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. Über ein lebenslängliches Leibrentenversprechen OLG. **20** 232 (Braunschweig).

§ 761. 1. DJZ. **10** 487 (PrOVG.). Verspricht jemand seiner Tochter eine jährliche Rente als Mitgift, so hat sie die rechtliche Natur eines Ausstattungsversprechens, das auch ohne die Beobachtung einer bestimmten Form rechts-

verbindlich ist, sofern es die Grenze der Angemessenheit nicht überschreitet (§ 1624 BGB.). Ein solches Versprechen hat, mangels besonderer Begrenzung, für die Dauer der Ehe Wirksamkeit, nicht für die Lebensdauer einer Person und ist deshalb kein Leibrentenvertrag.

2. R. **10** Nr. 1552 (Hamburg). Verspricht ein Ehemann für den Fall der Scheidung seiner Frau, die die Schuld an der Scheidung trägt, eine lebenslängliche Rente, so ist das kein Unterhaltsvertrag, sondern Schenkung einer Leibrente, welche der notariellen oder gerichtlichen Form bedarf.

3. SächsRpflA. **10** 405 (Dresden). In analoger Anwendung des § 761 ist auch der sog. Versorgungsantrag, das Versprechen lebenslänglichen Unterhalts formbedürftig.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

§ 762. 1. Darlehen zum Weiterspielen. OLG. **20** 232, R. **10** Nr. 1553 (KG.). Ein Darlehen zum Weiterspielen (Pokern) ist verbindlich. Die Schuld des Beklagten, welcher 100 M. zum Weiterspielen vom Kläger geliehen hat, ist nicht durch das Spiel, sondern durch das Geben und Nehmen des Geldes, das dem Weiterspielen vorausgegangen ist, entstanden. Der Umstand, daß er die mit dem Gelde gesetzten Beträge wieder verloren hat, ist auf die Entstehung der Darlehnsschuld ohne Einfluß.

2. Vermittlung von Rennwetten. OLG. **20** 233, SächsOLG. **31** 536, R. **10** Nr. 1554 (Dresden). Ein Zuwiderhandeln gegen § 6 Nr. 2 G. v. 4. Juli 1905 über Rennwetten macht den Vermittlungsvertrag rechtsunwirksam. Der Vermittler muß also den Einsatz einer Rennwette zurückgeben, auch wenn er ihn schon an den Buchmacher weitergegeben hat.

3. Verbotenes Spiel. **a)** OLG. **20** 233, SächsOLG. **31** 536 (Dresden). Der gewerbsmäßige Buchmacher muß den Einsatz zurückgeben, sei es, weil das Verbot des § 284 StGB. unmittelbar die Nichtigkeit des ganzen Spielvertrags gemäß § 134 BGB. bewirkt, sei es, weil die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Auftraggebers mittelbar, wegen Mangels an einer rechtsgültigen Einigung mit dem Gegner, jede verbindliche Kraft verliert (**RG. 51** 401). **b)** Ausschluß der Rückforderung nach § 817 Satz 2? OLG. **20** 233, Sächs. OLG. **31** 536 (Dresden). Die Rückforderung des Einsatzes vom gewerbsmäßigen Buchmacher wird durch § 817 Satz 2 nicht ausgeschlossen. Ebenso wie die Strafdrohung des § 284 StGB. sich nur gegen den gewerbsmäßig Spielenden und nicht auch gegen seinen Mitspieler richtet, ist auch des letzteren Tun kein Verstoß gegen die guten Sitten.

§ 764. 1. Kenntnis des Agenten von der Spielabsicht des Kunden. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 962, JW. **10** 234, LeipzZ. **10** 293, HoldheimsMSchr. **10** 93, BankA. **10** 175, R. **10** Nr. 889. Es ist an der Rechtsprechung festzuhalten, daß bei Zeitgeschäften auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren der Bankier, der sich bei ihrem Abschlusse der Vermittlung eines Agenten bedient, die Kenntnis dieses Agenten von der Spielabsicht des anderen Vertragsteils bei dem Geschäfte gegen sich gelten lassen muß, und zwar auch dann, wenn zwischen den Vertragsteilen unterschriftlich vollzogene Schlußscheine gewechselt sind und diese auf effektive Lieferung lauten. Diese Rechtsprechung beruht insbesondere auch darauf, daß nach den Erfahrungen des täglichen Lebens reine Differenzgeschäfte regelmäßig unter der Form der wirklichen Käufe oder Verkäufe verdeckt werden.

2. **RG.** BankA. **10** 78. Nimmt der Käufer die per Kassa gekauften Wertpapiere nicht per Kassa ab und erklärt sich der Bankier dann bereit, dem Beklagten den Kaufpreis nebst Zinsen bis zum Ende des auf den Kaufmonat folgenden Monats gegen

Provision zu stunden, so werden die Geschäfte dadurch nicht zu Börsentermingeschäften. Der Umstand, daß der Käufer nicht über erhebliches Vermögen verfügt, und dem Bankier bekannt war, er könne den Kaufpreis nicht in bar bezahlen, läßt sich hier lediglich für die Spekulationsabsicht des Käufers, nicht aber gegen die Annahme eines ernstlich gemeinten Kassageschäfts verwerten.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: Die Schwierigkeit einer klaren Abgrenzung der Bürgschaft einerseits und der formfreien Tatbestände, wie Garantievertrag und kumulative Schuldübernahme andererseits führt noch immer zu zahlreichen Prozessen (§ 765 Nr. 2, 3), auch Reichel äußert sich wiederum zu diesem Thema (§ 765 Nr. 3a, vgl. auch § 414 Nr. IIIb).— Zum Bürgschaftsrechte selber liegen wichtige Entscheidungen des **RG.** vor über die begrenzte Bürgschaft (§ 765 Nr. 6), über den selbständig zu bestimmenden Erfüllungsort der Bürgschaftsverpflichtung (§ 767 Nr. 1 a) und über die sog. Diligenzpflicht des Gläubigers (§ 776 Nr. 4 a). — Die Erstreckung der Bürgschaft auf Forderungen des Universalrechtsnachfolgers des Gläubigers wird vom RG. verneint, vom OLG. Dresden mindestens für den Fall bejaht, daß der Gläubiger eine juristische Person ist und es sich nur um eine Änderung der juristischen Form handelt (§ 765 Nr. 7 a und b). — Aus der Literatur ist die Abhandlung von Roth (§ 765 Nr. 5, § 766 Nr. 1 a, 3 a, § 774 Nr. 1) hervorzuheben, der die Kontokorrentbürgschaft und die limitierte Bürgschaft bespricht.

Literatur: Reichel, Formstrenge Bürgschaft und formfreie Schuldmitübernahme, BayRpflZ. **10** 125. — Roth, Über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Kontokorrentbürgschaft, LeipzZ. **10** 355 ff.

§ 765. 1. Liegt Bürgschaft vor? a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 926. Nicht Bürgschaft, sondern Gewährleistung für den vollständigen und pünktlichen Eingang der verkauften Hypothek nimmt das RG. in einem Falle an, wo die Verkäufer der Hypothek in der Abtretungsurkunde erklärt hatten: „Wir leisten ausdrücklich dafür Gewähr, daß die Forderung, wenn sie am . . . gekündigt wird, vollständig und pünktlich eingeht". Die Verkäufer haben damit eine selbständige Verbindlichkeit übernommen, die auch bestehen bleibt, wenn die des Hypothekenschuldners nicht entstanden oder weggefallen sein sollte. b) **RG.** R. **10** Nr. 2807, WarnE. **3** 393. Die Erklärung des Darlehnsgebers, der Empfänger könne einen beim Vater des Gebers etwa zu erleidenden Verlust von dem Darlehen kürzen (sog. Rückschein), ist kein Bürgschaftsversprechen. Der Vertrag enthält lediglich die Vereinbarung einer besonderen Modalität über die Rückzahlung des Darlehens. c) OLG. **20** 236 (Hamburg). Die Urkunde „Herr B. ist auch für die Handlungen der ihm unterstellten Personen sowohl mit seiner Kaution als auch mit seinem übrigen Vermögen sowie mit dem Vermögen seiner Frau verpflichtet. Zum Zeichen der Mithaftung hat Frau B. diesem Vertrage durch ihre Unterschrift beizutreten" enthält keine Bürgschaftsübernahme. Das Wort „Bürgschaft" ist überhaupt nicht gebraucht und keine Wendung, kein begleitender Umstand lassen erkennen, daß sich die Beklagte dem Kläger gegenüber verpflichten wollte, persönlich für die Verbindlichkeit ihres Mannes einzustehen. Es ist lediglich die Haftung des eingebrachten Vermögens der Frau vereinbart; die Frau hat zugestimmt und auf ihr Recht, der aus einem Urteile gegen ihren Mann in ihr Vermögen bewirkten Zwangsvollstreckung zu widersprechen, verzichtet. d) SeuffA. **65** 447 (Augsburg). Die Urkunde „Schuldschein über . . . M., welche Unterzeichnete an Herrn . . . schuldet. Ich verspreche, diese Summe auf Verlangen richtig und bar heimzubezahlen. Datum. Unterschrift" enthält auch bei der weitesten Auslegung in keinem Worte eine Willenserklärung, daß der Besteller für die Verbindlichkeit eines Dritten gutstehen wollte.

2. Bürgschaft und Garantieübernahme. a) **RG.** JDR. 8 Nr. 2 a jetzt auch **RG. 72** 138, LeipzZ. **10** 142. b) OLG. **20** 327 (KG.). Es ist gleichgültig, ob die Parteien das Wort „Garantie" gebrauchten oder nicht. Es kommt nur darauf an, ob sie übereinstimmend ausdrücken wollten, daß der Kläger für den Eingang einer Mieteinnahme in Höhe derjenigen Summen einstehen sollte, welche im § 4 des Vertrags als Miete für den Laden festgesetzt worden sind. c) OLG. **20** 237, R. **10** Nr. 1556 (Braunschweig). Die Erklärung der Beklagten „Wir kommen für Ihre Forderung von 350 Mark an X. dergestalt auf, daß wir bei Umwandlung der für uns eingetragenen Sicherungshypothek in eine feste Hypothek den Betrag abführen", enthält keine bloß bedingte Verpflichtung, sondern ist dahin auszulegen, daß die Beklagte sich verpflichtete, die Sicherungs- in eine feste Hypothek umzuwandeln und bei der Gelegenheit den Rechnungsbetrag an den Kläger abzuführen. Da die Umwandlung zu geschehen hat, sobald der Bau vollendet ist, war die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkte befristet. d) OLG. **20** 236, R. **10** Nr. 1555 (KG.). Der Beklagte, der auf den Hinweis des Klägers, daß dieser mit dem Arbeiten aufhören müsse, weil der Bauunternehmer nicht sicher sei, erklärt, „bei ihm (Beklagtem) verliert kein Handwerker etwas, das hätte er schon oft gesagt", hat damit die Verpflichtung übernommen, dem Kläger schlechthin dafür aufzukommen, daß er seine für den Bau ausgeführten Arbeiten bezahlt erhalte.

3. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme (s. auch § 414 Nr. III). a) *Reichel, BayRpflZ. **10** 125. Der Neigung, formnichtige Bürgschaftserklärungen dadurch bei Kraft zu erhalten, daß man sie in (formlos gültige) Schuldmitübernahmen (kumulative Schuldübernahmen) umdeutet (§ 140), muß entgegengetreten werden. Bürgschaft und Schuldmitübernahme sind heterogene Dinge (s. hierüber § 414 Nr. III b). Ist also erst einmal festgestellt, die fragliche Erklärung sei Bürgschaft, so kann eine Schuldmitübernahme nicht mehr in Frage kommen. Die bisherige Praxis hat allerdings nicht selten Bürgschaft angenommen, wo unzweifelhaft Schuldmitübernahme und nur diese beanzeigt war; vgl. Reichel, Schuldmitübernahme (1909) 264 ff. (JDR. **8** § 414 Nr. 2). b) OLG. **20** 163 Anm. 1 (Breslau). Das Versprechen der Frau, die (voreheliche) Darlehnsschuld ihres Mannes zu bezahlen, damit er nicht als Betrüger herumlaufe, ist als Bürgschaft anzusehen, da kein wirtschaftliches Interesse der Frau an der Erfüllung der dem Gläubiger des Mannes obliegenden Gegenleistung ersichtlich ist. c) OLG. **20** 163 Anm. 1 (München). Bürgschaft liegt vor, wenn der Vater die Schuld, die seinem Sohne aus der Geschäftsverbindung mit dem Kläger erwuchs, auf sich übernimmt.

4. Akzessorische Natur. **RG.** JDR. **8** Nr. 4 jetzt auch SeuffA. **65** 144 — vgl. JDR. **8** § 399 Nr. 5 b.

5. Kontokorrentbürgschaft. a) *Roth, LeipzZ. **10** 355 ff. (vgl. § 766 Nr. 1 a, 3 a, § 774 Nr. 1 und HGB. §§ 355, 356). Wer für den einem anderen in laufender Rechnung zu gewährenden Kredit die Bürgschaft übernimmt, haftet für den künftigen Saldo. Da das Kontokorrentverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner der gleichbleibende Rahmen ist, in welchem sich der Kreditverkehr nach dem veränderlichen Willen der Vertragsparteien abspielt, so reicht der Hinweis auf das Kontokorrentverhältnis als solches zur Bezeichnung der verbürgten Verbindlichkeit nicht hin. Vielmehr muß feststehen, bis zu welcher Höhe der künftige Saldo verbürgte Hauptforderung sein soll. b) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 407 behandelt die Kontokorrentbürgschaft und den Begriff des Kontokorrents. Vgl. HGB. §§ 355, 356.

6. Begrenzte Bürgschaft. **RG.** WarnE. **3** 122. Die Bürgschaft für einen Bankkredit bis 20 000 M. unter Begrenzung der Bürgschaft auf die Höhe von 10 000 M. ist dahin auszulegen: Der Bürge haftet für die ganze Schuld,

aber er haftet nicht über den Betrag von 10 000 M. hinaus; so zwar, daß Zahlungen des Hauptschuldners die Haftung des Bürgen nur berühren, wenn und insoweit der nach Abzug der Zahlungen verbleibende Rest der Schuld die Haftsumme des Bürgen nicht erreicht. Diese Bedeutung der Bürgschaft ergibt sich vorliegend auch aus den Vertragsbestimmungen; es ist darin überall auf die vereinbarte Maximalsumme, auf die Begrenzung der Bürgschaft im Gegensatze zu der Forderung, dem Guthaben der Gläubigerin Bezug genommen. Von einer Teilforderung, die allein verbürgt wäre, ist nirgends die Rede.

7. Erstreckt sich die Bürgschaft auch auf Forderungen, die dem Universalrechtsnachfolger des Gläubigers gegen den Schuldner erwachsen? a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 407. Die Bürgschaftsverpflichtung erstreckt sich ihrem Gegenstande nach nicht auf Forderungen, die einem Dritten gegen den Schuldner erwachsen sind, und zwar selbst dann nicht, wenn der Dritte als allgemeiner Rechtsnachfolger in die Rechte des Gläubigers eingetreten ist (doch kann der Dritte gemäß §§ 401, 412 gegen den Bürgen vorgehen). **b)** Hiergegen SeuffA. **65** 444, BayerZ. **18** 57 (Dresden). Die einer Gesellschaft mbH. geleistete Kreditbürgschaft erstreckt sich auch auf Kreditgeschäfte nach Umwandlung der Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft. Der vom **RG.** GruchotsBeitr. **54** 408 (Nr. 7 a) vertretenen Meinung ist mindestens für die Fälle, wo der Gläubiger die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit besitzt, nicht beizutreten. Gewiß liegt bei der Umwandlung einer GmbH. in eine Aktiengesellschaft und umgekehrt juristisch die Sache so, daß an die Stelle der einen juristischen Persönlichkeit eine neugeschaffene andere tritt; die erste stirbt, die letztere entsteht neu; aber das Geschäftsleben nimmt, wenn Geschäft und Firma (abgesehen von dem erforderlichen Zusatz) unverändert fortgehen, ein Weiterleben des Unternehmens, eine bloße Änderung der äußeren Erscheinungsform an, die die Rechtsbeziehungen Dritter zu ihm jedenfalls insofern unberührt läßt, als diese Form für sie gleichgültig und ungeeignet erscheint, sie ungünstig zu beeinflussen. Die Bürgschaft ist also im Zweifel so auszulegen, daß nach der Absicht aller Beteiligten das Unternehmen ohne Rücksicht auf seine juristische Struktur als Gläubiger zu gelten hat; daß also die Verbürgung zugleich ein Vertrag zugunsten eines Dritten insofern in sich schließt, als bei einer etwaigen Umwandlung des juristischen Charakters des Gläubigers die neu entstandene und an die Stelle der alten tretende juristische Person diese für den Fall, daß sie in das Kreditverhältnis eintritt und ihrerseits den Kredit dem Schuldner weiter gewährt, ohne weiteres dadurch die Rechte aus der Bürgschaft erwerben soll. Mindestens dann aber dürfte die entwickelte Auffassung sich rechtfertigen lassen, wenn das Verhalten des Bürgen nach der Umwandlung der juristischen Form des Gläubigerunternehmens nach Treu und Glauben nur als Ausdruck der Ansicht verstanden werden kann, daß die Bürgschaft nicht durch die Fortdauer der äußeren Form habe bedingt sein sollen.

8. HansGZ. **10** Beibl. 116 (Hamburg). Der Bürge, der sich für einen Angestellten bei dessen Dienstherrn bezüglich aller aus seiner Amtsführung erwachsenden Defekte und Schäden verbürgt hat, hat keinen Anspruch darauf, daß die vorbehaltene Kontrolle auch regelmäßig geübt und dadurch verhindert werde, daß der Angestellte zu große Beträge schuldig werden kann. Dies auch dann nicht, wenn der Gläubiger gewußt hat, daß der Bürge auf die Ausübung der Kontrolle gerechnet hat.

§ 766. 1. Bezeichnung des Gläubigers und der Schuld (s. JDR. **8** Nr. 1, 2). **a)** *Roth, LeipzZ. **10** 355 ff. (vgl. § 765 Nr. 5, § 766 Nr. 3, § 774 Nr. 1). Bei der Verbürgung eines Kontokorrentkredits ist zur unerläßlichen und daher der Schriftform bedürftigen Bezeichnung der verbürgten Hauptverbindlichkeit die Angabe der Höchstsumme des dem

Hauptschuldner im Kontokorrentverkehr eingeräumten Kredits erforderlich und genügend. Ist die Haftung des Bürgen auf eine bestimmte Summe festgesetzt (limitierte Kontokorrentbürgschaft), so ist doch die Angabe der Höchstsumme des eingeräumten Kredits nicht zu entbehren. Denn auch bei der limitierten Kontokorrentbürgschaft haftet der Bürge, wie sich insbesondere im Falle des § 774 BGB. zeigt, für den ganzen dem Hauptschuldner im Kontokorrentverkehr eingeräumten Kredit, wenn auch nur in Höhe der Haftsumme. Sein Risiko ist bei gleicher Haftsumme wesentlich verschieden, je nach der Größe des dem Hauptschuldner eingeräumten Kredits. Ergibt sich aus der Bürgschaftsurkunde nur die Haftung des Kontokorrentbürgen, so ist im Zweifel als Wille der Parteien anzunehmen, daß die Haftsumme gleichzeitig auch die Höhe des verbürgten Kredits bezeichne. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 76 (Hamburg). Die auf die Rückseite eines Mietvertrags geschriebene Erklärung „Als Bürge, daß mein Bruder seinen Verpflichtungen nachkommt. Unterschrift" enthält eine wirksame Bürgschaftsübernahme, falls der auf der ersten Seite niedergeschriebene Mietvertrag sich schon dort befand, als der Bürge die Bürgschaftserklärung unterzeichnete. Denn wenn auch die letztere weder eine ausdrückliche Bezeichnung des Gläubigers enthält, dem gegenüber die Bürgschaft übernommen werden sollte, noch auch den Rechtsgrund der Hauptschuld bestimmt angibt, so besteht doch ein so enger Zusammenhang zwischen dem Mietvertrag und der Bürgschaftserklärung, daß aus dem ersteren ohne weiteres der Gläubiger und der Schuldgrund ergänzt werden können. Es liegt somit eine einheitlich aufzufassende Urkunde vor (vgl. auch Nr. 4). **c)** OLG. **20** 235 (Braunschweig). Nicht genügt die Urkunde „Ich bin bereit, die Bürgschaft von 500 M. für einen Herrn X. zu gewährenden Kredit zu übernehmen". Weder der Gläubiger, noch die Hauptschuld ist irgendwie bestimmt. Es ist lediglich der Betrag, für den der Beklagte bürgen will, eingefügt. Die Fassung der Bürgschaftserklärung läßt keinen Raum für die Hinzufügung des Namens eines Gläubigers. **d)** OLG. **20** 235 (Hamburg). Mindestens muß die verbürgte Schuld genügend identifiziert sein, um sie u. a. als möglich zu denkende Schulden herauszufinden. Daran fehlt es, wenn die Bürgschaftserklärung auf einem vom Hauptschuldner ausgestellten Scheine steht, durch den er sich verpflichtet, „seine Schuld" in monatlichen Raten von 50 M. abzutragen und das „Kapital" mit 6 pCt. zu verzinsen. Von welcher Schuld aber die Rede ist und wie hoch sie sei, ist nicht gesagt.

2. Unterschrift. Wechselunterzeichnung. **a)** **RG.** JW. **10** 998 Nr. 2. Bei einer Urkunde, in welcher eine GmbH. einen Lieferungsauftrag erteilt und gleichzeitig die Geschäftsführer persönlich die Bürgschaft übernehmen, kommen die Unterzeichner gleichmäßig sowohl als Vertreter der Gesellschaft wie als Einzelpersonen in Betracht; ihre Unterschriften sind, soweit nicht besondere Hindernisse entgegenstehen, so zu verstehen, daß sie die beiden in der Urkunde enthaltenen Erklärungen gleichmäßig decken. **b)** PosMSchr. **10** 154 (Marienwerder). Keine Verbürgung durch Ausstellung und durch Indossierung eines vom Schuldner akzeptierten Wechsels.

3. Nebenabreden. **a)** *Roth, LeipzZ. **10** 355 ff. (vgl. § 765 Nr. 5, § 766 Nr. 1 a, § 774 Nr. 1). Der Ausfallsbürge kann mit der Wirkung des Überganges der Forderung des Gläubigers vor Feststellung des Ausfalls nicht zahlen. Das hat zugunsten des Gläubigers die Wirkung, daß der Bürge die für die verbürgte Forderung des Gläubigers bestehenden sonstigen Sicherheiten nicht zu einer dem Gläubiger unbequemen, dem Bürgen aber bequemen Zeit realisieren kann, auch nicht durch teilweise Abtragung der verbürgten Hauptschuld dem Gläubiger die Möglichkeit nehmen kann, seine ganze Forderung zum Konkurse des Hauptschuldners anzumelden. Da nun Nebenabreden nur insoweit nicht der Schriftform bedürfen,

als sie lediglich eine Verminderung der Haftung des Bürgen herbeiführen, so bedarf die Abrede der Ausfallsbürgschaft der Schriftform. **b)** **RG.** SeuffA. **65** 350, LeipzZ. **10** 293. Eine Vertragsbestimmung, wodurch die Bürgenhaftung gegenständlich eingeschränkt oder von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht, also erleichtert wird, bedarf der Schriftform nicht. Ebenso R. **10** Nr. 1557 (Colmar).

4. Ergänzung der Bürgschaftsurkunde (s. auch Nr. 1 b). OLG. **21** 208 (Naumburg). Zulässig ist es, den räumlich unterschriebenen Text durch in Bezug genommene Anlagen oder durch auf dem Schriftsatze selbst befindliche Bemerkungen zu ergänzen, die offensichtlich durch die Unterschrift mit gedeckt sein sollen. Dies trifft zu, wenn die Nachschrift unmittelbar unter der Unterschrift des Beklagten steht und mit D. O. (d. h. der Obige) unterschrieben ist.

5. Handelsbürgschaft. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 404. Die Bürgschaft eines Mitglieds einer offenen Handelsgesellschaft ist für den Bürgen kein Handelsgeschäft, wenn die Bürgschaft lediglich ihn und nicht die oHG. angeht. Die Bürgschaft ist daher formpflichtig.

§ 767. 1. Erfüllungsort der Bürgschaftsverpflichtung. **a)** **RG. 73** 262, JW. **10** 616, R. **10** Nr. 2181. Aus der akzessorischen Natur des Bürgschaftsvertrags folgt nicht, daß der Bürge am Wohnsitze des Hauptschuldners zu erfüllen habe. Zum Bestande der Hauptverbindlichkeit gehört die Rechtsbeständigkeit und der Gegenstand derselben, keineswegs aber der gesamte Inhalt der Hauptverbindlichkeit in allen ihren Beziehungen und mit allen ihr anhaftenden Nebenverpflichtungen. Vielmehr ist für den Bürgen, der allerdings eine fremde Schuld, aber für eigene Rechnung und kraft eigenen Rechtes zu bezahlen sich verpflichtet, der Bestimmungsort selbständig zu bestimmen. Der Bürge hat also an demjenigen Orte zu erfüllen, welcher in dem Bürgschaftsvertrage bestimmt oder nach der Natur dieses Vertrags und der Absicht der Vertragschließenden als Ort der Erfüllung der Bürgschaft anzusehen ist, und wenn es an diesen Voraussetzungen fehlt, an demjenigen Orte, an welchem der Bürge zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnort gehabt hat. **b)** Ebenso DJZ. **10** 1085 (KG.).

2. Erweiterung der Bürgschaftsverpflichtung? OLG. **20** 242 (Hamburg). Die Verpflichtung des Bürgen wird nicht erweitert, wenn die Änderung der Hauptverbindlichkeit die Lage des Bürgen nicht nur nicht verschlechtert, sondern zu seinem Vorteile gereicht, indem sie bezweckt und auch tatsächlich bewirkt, daß der Hauptschuldner selbst seine Verbindlichkeit noch teilweise zu tilgen vermag.

§ 772. **RG.** LeipzZ. **10** 396, R. **10** Nr. 1558. Der Versuch der Zwangsvollstreckung wegen einer beliebig anderen Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner genügt nicht. Indes ist hieraus zu entnehmen, daß eine Zwangsvollstreckung nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen würde (§ 773 Abs. 1 Nr. 4).

§ 773. OLG. **20** 237 (KG.). Trotzdem die Parteien den Ausdruck „selbstschuldnerische Bürgschaft" gebraucht haben, kann ein formlos gültiger Garantievertrag vorliegen (vgl. § 765 Nr. 2 b).

§ 774. Literatur: Bendix, *Teilleistung des Bürgen — Konkurs des Hauptschuldners, R. **10** 686. — Roth s. vor § 765.

1. *Roth, LeipzZ. **10** 355 ff. (vgl. § 765 Nr. 5, § 766 Nr. 1 a, 3 a). Bestehen für einen in laufender Rechnung eingeräumten Kredit außer der Bürgschaft sonstige, z. B. Pfandsicherheiten, so wird die Saldoforderung, für welche die sonstigen Sicherheiten bestehen, ebenso wie die verbürgte Saldoforderung durch den Betrag des zur Zeit der Sicherheitsbestellung dem Hauptschuldner eingeräumten Kredits bestimmt. Insoweit die verbürgte und die

anderweitig gesicherte Saldoforderung danach sich decken, haften sie zusammen dem Gläubiger. Innerhalb der größeren der beiden Beträge gebührt dem Gläubiger in der Inanspruchnahme der sonstigen Sicherheiten der Vorrang vor dem Bürgen, der gezahlt hat. Ist aber der Gläubiger wegen der größeren der beiden Beträge befriedigt, so nimmt der Bürge die für die durch Zahlung auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers bestellten sonstigen Sicherheiten ohne Rücksicht darauf in Anspruch, daß der Gläubiger noch eine jeden Betrag übersteigende restliche Saldoforderung aus der Einräumung weiteren Kontokorrentkredits hat. Bleibt bei der limitierten Kontokorrentbürgschaft die Haftsumme, bis zu welcher der Bürge einzustehen hat, hinter dem Betrage zurück, der die verbürgte Hauptforderung kennzeichnet, so muß der Bürge, der die Haftsumme bezahlt hat, der Befriedigung des Gläubigers aus der ganzen verbürgten Hauptforderung bei der Geltendmachung seines Regresses in die für die übergegangene Hauptforderung bestellten sonstigen Sicherheiten den Vorrang lassen, vorbehaltlich weiteren Zurückstehens, wenn der Betrag der Saldoforderung, für welchen die sonstigen Sicherheiten bestellt sind, noch größer ist. Die gleichen Grundsätze gelten, wenn Gläubiger und Bürge, letzterer in Geltendmachung seiner Regreßforderung, dasselbe Vermögensstück des Gläubigers gepfändet haben, endlich im Konkurse des Hauptschuldners. Im Konkurse des Hauptschuldners kann zwar der Bürge den Betrag der verbürgten Forderung, den er vor der Eröffnung des Konkurses bezahlt hat, neben der Restforderung des Gläubigers anmelden, darf aber insolange und insoweit eine Konkursdividende nicht zum Nachteile des Gläubigers in Anspruch nehmen, als nicht der Gläubiger wegen seiner Restforderung voll befriedigt ist.

2. Bendix, R. **10** 686. Der Gläubiger, der vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners von dem Bürgen einen Teilbetrag seines Guthabens gezahlt erhielt, kann nur wegen seines Restanspruchs im Konkurse Befriedigung beanspruchen; der Bürge ist daneben wegen und in Höhe des auf ihn übergegangenen Teiles der Forderung zuzulassen und zu berücksichtigen. Anders nur, wenn der Übergang der Teilforderung selbst durch Vertrag so lange ausgeschlossen ist, als nicht der Gläubiger wegen seines Restguthabens volle Befriedigung erhalten hätte. — Das gleiche gilt in den gleichliegenden Fällen der §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2.

§ 775. *Stahl, Die sog. clausula rebus sic stantibus im BGB. (München 1910) (s. § 321 Nr. 1 a). Diese Bestimmung, gewissermaßen eine lex specialis gegenüber § 671 III, ist anwendbar auf alle Geschäftsbesorgungsverträge (40).

§ 776. 1. Analoge Anwendung auf Garantieversprechen; **RG.** JDR. **8** Nr. 1 jetzt auch **RG. 72** 138, LeipzZ. **10** 142.

2. OLG. **20** 242, HansGZ. **10** Beibl. 143, R. **10** Nr. 1560 (Hamburg). Ein zur Sicherung einer Forderung übertragenes Eigentumsrecht ist kein Vorzugsrecht. Das Eigentum gewährt kein bloßes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Sache, sondern ein Recht auf die Sache selbst. Eine Gleichstellung dieses Eigentums mit einem Pfandrecht erscheint nicht zulässig, trotz der Übereinstimmung in wirtschaftlicher Beziehung. § 776 kann als Ausnahmevorschrift nicht ausdehnend ausgelegt werden.

3. Regreß gegen den entlassenen Bürgen vgl. § 426 No. 5.

4. Sorgfaltspflicht. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 965. Es besteht keine Pflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, diesen von der Zwangsversteigerung des Grundstücks, das mit einer gleichfalls der Sicherung des Gläubigers dienenden Hypothek belastet ist, zu benachrichtigen. Selbst nach gemeinem Rechte wäre die Diligenzpflicht nicht so weit auszudehnen. Denn an sich ist auch nach gemeinem Rechte daran festzuhalten,

daß die Bürgschaft dem Gläubiger Rechte verleiht und keine Pflichten auferlegt und daß es nicht Aufgabe des Gläubigers ist, unaufgefordert dem Bürgen über die wechselnden Verhältnisse des Hauptschuldners und der sonstigen Sicherheiten zu unterrichten. Die Diligenzpflicht des gemeinen Rechtes verlangt auch nur, daß der Gläubiger seine Rechte gegen den Hauptschuldner nicht zum Schaden des Bürgen vernachlässige. Nie kann ihm aber eine Verpflichtung zu einem Tun zugemutet werden, die seine Rechtsbeziehungen zu dem Hauptschuldner gar nicht berührt, sondern unmittelbar gegen den Bürgen zu erfüllen ist. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 143 (Hamburg). Obwohl eine allgemeine Diligenzpflicht nicht besteht, ist doch der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen auch dem Bürgen gegenüber als seinem Vertragsgegner zu einer gewissen Sorgfalt verpflichtet. Wie weit diese Sorgfalt zu gehen hat, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls wird aber, um einen Ersatzanspruch des Bürgen zu begründen, eine Fahrlässigkeit auf seiten des Gläubigers vorhanden sein müssen.

§ 777. 1. BadRpr. **10** 1 (Karlsruhe). Die Bürgschaft für ein nach vierteljähriger Kündigung, längstens aber vor Ablauf von 3 Jahren, zurückzahlbares Sparkassendarlehn gilt nicht als Verbürgung auf bestimmte Zeit im Sinne von § 777 BGB.

2. SeuffA. **66** 10 (Augsburg). Bürgschaft auf Zeit für ein in 5 Monaten rückzahlbares Darlehen.

3. ElsLothJZ. **10** 549 (Colmar). Ist die Bürgschaft nicht auf eine gewisse Zeit beschränkt, der Gläubiger dagegen verpflichtet, mindestens für eine bestimmte Zeit das Kontokorrentverhältnis bestehen zu lassen, so dauert die Bürgschaft auch über diese Zeit hinaus fort, falls nicht nach deren Ablauf die Bürgschaft gekündigt worden ist. Die Kündigung aber muß klar und bestimmt sein.

§ 778. 1. **RG.** JW. **10** 809, BankA. **10** 63, R. **10** Nr. 3171. Da der Beklagte, der zusammen mit N. und S. einen Farbstoff herstellte, ein eigenes Interesse an den Leistungen der Klägerin an N. hatte, so stellt sich seine der Klägerin gegenüber abgegebene Erklärung, sie brauche wegen der Bezahlung keine Angst zu haben, dafür sei er da, als Kreditauftrag (Mitbestellung) oder als Begründung einer Gesamtschuld nach § 421 dar.

2. BadRpr. **10** 91 (Karlsruhe). Kein Kreditauftrag, wenn jemand den Lieferanten nur durch Bitten und Zureden zur Weiterlieferung zu bestimmen gesucht und dann seine Bürgschaft angeboten hat. Dieses Zureden, zu welchem jener leicht kommen wird, wenn er aus verwandtschaftlichen Rücksichten oder aus sonstigen Gründen ein Interesse an der Kreditgewährung nimmt, ist nicht zu verwechseln mit dem rechtsgeschäftlichen Auftrage zur Kreditgewährung.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779. 1. Begriff des Vergleichs. **RG.** R. **10** Nr. 1093. Der Begriff des gegenseitigen Nachgebens ist im Sinne des täglichen Lebens zu verstehen. Jedes Opfer, das eine Partei auf sich nimmt, genügt.

2. Wirksamkeit des Vergleichs. **RG.** JDR. **8** Nr. 5 b jetzt auch JW. **10** 16.

3. Prozeßvergleich. **a)** OLG. **20** 238, R. **10** Nr. 1562 (Hamburg). Wird der durch den Prozeßvergleich neu geschaffene Vertrag durch beigefügte Rücktrittserklärung des Beklagten nach § 326 BGB. beseitigt, so wird dadurch nicht der ganze Vergleich wieder aufgehoben. Der Vergleich ist vielmehr als Prozeßhandlung mit der Wirkung, den Rechtsstreit zu erledigen, in Kraft geblieben. **b)** Vgl. Predari zu § 160 Nr. 1 ZPO.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Die Literatur schweigt dieses Mal gänzlich. — Die Judikatur bringt nichts Grundsätzliches.

§§ 780 ff. 1. Wann liegt eine abstrakte Verbindlichkeit vor? a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 972, LeipzZ. **10** 685, SächsRpflA. **10** 334, Bay. RpflZ. **10** 334. Der Wille der Parteien braucht nicht gerade auf die Loslösung des bestehenden Schuldverhältnisses von seinem bisherigen Schuldgrunde gerichtet zu sein. Es genügt der Wille, die neu erklärte Verpflichtung auf sich selbst zu stellen und durch die Verpflichtungserklärung selbständig zu begründen. Die Loslösung der Verpflichtung von ihrem bisherigen Schuldgrund ergibt sich daraus von selbst als rechtliche Folge. **b)** Die Annahme eines abstrakten Versprechens oder Anerkenntnisses setzt nicht voraus, daß ein bestimmtes Motiv dafür erkennbar ist. **RG.** WarnE. **3** 155, R. **10** Nr. 1243. Für die Prüfung, ob ein abstraktes Schuldversprechen vorliegt, wird es zwar in manchen Fällen erforderlich sein, den Sachverhalt bezüglich des zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses aufzuklären, zu untersuchen, ob und welcher Anlaß etwa zur Begründung einer solchen selbständigen Verpflichtung vorgelegen habe (**RG.** JW. **06** 742 Nr. 12). Allein die Annahme eines abstrakten Versprechens oder Anerkenntnisses ist doch andererseits nicht schon um deswillen ausgeschlossen, weil im gegebenen Falle ein bestimmtes Motiv dafür nicht ersichtlich ist.

2. WürttJ. **22** 24 (Stuttgart) (vgl. schon JDR. **8** § 780 Nr. 1 c, aber wohl nicht richtig wiedergegeben). Bei einem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780, 781 ist die Aufnahme des Namens des Gläubigers in die Urkunde nicht erforderlich. Für die Abstraktheit sprechen die Umstände, daß jede Bezugnahme auf ein Unterliegen des Rechtsverhältnisses oder auf den Bestimmungsgrund für das Versprechen oder das Anerkenntnis fehlt, ferner, daß die Urkunde auf Grund einer Abrechnung ausgestellt wurde, und endlich, daß die Schuldsumme gerade eine runde Summe beträgt und daß die Schuld gerade auf den Tag der Abrechnung gestellt wurde.

3. **RG.** LeipzZ. **10** 684, WarnE. **10** 286. Nebenabreden zu einem schriftlichen Schuldversprechen sind auch ohne Schriftform jedenfalls dann rechtswirksam, wenn sie auf eine Einschränkung des Schuldversprechens gerichtet sind; es gilt nur, die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde zu beseitigen.

§ 780. 1. Abstraktes Schuldversprechen wurde angenommen in folgenden Fällen. a) OLG. **20** 239 (Braunschweig) bejaht das Vorliegen eines abstrakten Schuldversprechens. Die vorhergehenden Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers bezweckten eine bindende Erklärung des Beklagten darüber, ob er die geforderte Summe nebst Zinsen zahlen wolle; in dem Sinne mußte der Beklagte sie nach Verkehrssitte und Treu und Glauben auffassen. Sein Antwortschreiben ist danach auch in diesem Sinne auszulegen. **b)** **RG.** WarnE. **3** 155, R. **10** Nr. 1242. Es ist sehr wohl möglich, daß im Anschluß an eine Zession der Schuldner dem Zessionare gegenüber eine selbständige Verpflichtung zur Leistung übernimmt, schlechthin Zahlung verspricht und damit sich aller Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Zedenten und dem Schuldner begibt.

2. Abstraktes Schuldversprechen wurde verneint. a) OLG. **20** 240 (Kassel) verneint das Vorliegen eines abstrakten Schuldversprechens, da die Umstände, unter denen der Dienstherr sich verpflichtet hat, für Rechnung seiner Angestellten eine gewisse Summe zu zahlen, gegen eine dahingehende Absicht sprechen. **b)** OLG. **20** 238, SeuffA. **65** 271, EisenbE. **27** 46 (Frankfurt). Kein abstraktes, sondern kausales Schuldversprechen liegt vor, wenn der Beklagte, weil durch sein

Automobil Wagen und Pferd des Klägers beschädigt worden sind, diesem den Ersatz des Schadens versprochen hat. Davon, daß der Beklagte den Unfall verschuldet habe, war keine Rede. Hiernach ist nicht etwa die gesetzliche Haftung des Beklagten, also ein konkretes Schuldverhältnis im Wege der Anerkennung zum Vertragsinhalte gemacht, sondern die Parteien haben lediglich den unmittelbaren Zweck und Bestimmungsgrund der Leistung, nämlich den Ersatz des erlittenen Schadens als Verpflichtungsgrund vereinbart. Ein solches kausales Rechtsgeschäft ist auch formfrei rechtswirksam.

3. Einwendungen. SchlHolstAnz. **10** 346 (Kiel). Die Einwendung, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis auf wucherischer Ausbeutung beruhe, ist auch gegenüber einem abstrakten Schuldversprechen zulässig. Es würde eine Umgehung dieser Vorschrift enthalten, wenn ein vom Gesetze für nichtig erklärtes Schuldverhältnis rechtlichen Bestand dadurch erhalten könnte, daß es durch Novation in ein neues abstraktes Schuldversprechen umgewandelt würde.

§ 781. 1. Konversion. Formnichtiger Schuldschein als Testament. **RG.** JW. **10** 467, SeuffA. **65** 386, PosMSchr. **10** 36. Ein als Schuldschein überschriebenes Schriftstück, das ein schenkungsweise erteiltes, wegen Formmangels nichtiges Schuldanerkenntnis darstellt, aber die Formerfordernisse eines eigenhändigen Testaments erfüllt, kann gemäß § 140 als eigenhändiges Testament aufrechterhalten werden.

2. HansGZ. **10** Beibl. 119 (Hamburg). In einer Erklärung des Drittschuldners, daß er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung verspreche, ist im Zusammenhalte mit der Aufforderung des Gläubigers ein jenen bindendes vertragliches Anerkenntnis zu erblicken, von dem dahingestellt bleiben mag, ob es sich gerade stets als abstraktes Schuldanerkenntnis darstellt. Daß solches Anerkenntnis auch den nachträglichen Einwand ausschließt, die Forderung sei bereits einem anderen übertragen worden, muß jedenfalls dann für richtig erachtet werden, wenn der Drittschuldner auf die gemäß § 840 ZPO. an ihn gerichtete Frage, ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen, es unterlassen hat, seiner Erklärung einen entsprechenden Vorbehalt anzufügen.

§ 782. Teschemacher, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Abrechnungsverkehrs bei den Abrechnungsstellen der Reichsbank, GoldschmidtsZ. **67** 401 (vgl. § 397 Nr. 1). Im Abrechnungsverkehre bei der Reichsbank sind die zur Abrechnung gebrachten Forderungen mit den ursprünglich eingereichten Forderungen nicht identisch, vielmehr wird durch Anerkennung eine stillschweigende Verpflichtung eingegangen.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

§§ 783 ff. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 137 ff., erörtert die Frage, ob bei der Anweisung Besitz und Eigentum an dem Leistungsobjekt schon vor Erfüllung des Angewiesenen auf den Anweisungsempfänger übergehen kann. Sie kann nur bejaht werden für den Fall, daß der Anweisungsempfänger einen Herausgabeanspruch gegen den Angewiesenen hat und dieser hinsichtlich genau bestimmter Gegenstände zum Besitze verpflichtet und berechtigt ist, was bei der technischen Anweisung der §§ 783 ff. nur selten der Fall sein wird. Ist eine solche Besitzverpflichtung des Angewiesenen vor der Aushändigung der Anweisung an den Anweisungsempfänger geschaffen, so kann durch die Aushändigung der letztere im Wege der sachenrechtlichen Einigung zu gunsten Dritter Besitz und Eigentum erwerben. Über die sog. Auslieferungsscheine vgl. 139 Anm. 4.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 808. 1. **RG.** JW. **10** 329. Die gemäß § 808 ausgefertigten Sparkassenbücher zählen nicht zu den Wertpapieren, bei denen zur Übertragung des darin ver-

brieften Rechtes die Aushändigung der ausgestellten Urkunde wesentliches Erfordernis ist. Die Übertragung des darin verbrieften Rechtes erfolgt wie bei gewöhnlichen Schuldurkunden durch den bloßen Abtretungsvertrag. Hat hierdurch der neue Gläubiger die Forderung erworben, so steht ihm kraft Rechtsnotwendigkeit nach § 952 das Eigentum am Sparkassenbuche zu (**RG.** IV. 280. 04 vom 12. 12. 04 und IV. 47. 07 vom 30. 9. 07).

2. SächsRpflA. **10** 285 (LG. Dresden). Es läßt sich aus der bloßen Tatsache, daß im Nachlasse jemandes ein auf den Namen eines anderen lautendes Sparkassenbuch vorgefunden wird, nicht schließen, das Buch gehöre dem anderen. Dem stehen auch die §§ 1048 SächsBGB. und 808 DBGB. nicht entgegen; denn da ist nur gesagt, daß unter gewissen Bedingungen der Schuldner aus einer Urkunde mit benanntem Gläubiger durch Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit wird. Das hindert aber nicht, daß bei Leistung der ersten Einlage nicht derjenige Gläubiger wurde, auf dessen Namen das Buch angelegt wurde. Die Sparkasse kümmert sich um die Person des Einzahlenden nicht, prüft nicht, wen der Einzahlende zum Gläubiger machen will, und kennt wohl auch die oben angeführte Erscheinung im Verkehrsleben. Sie will sich darum nicht nur dem auf dem Sparkassenbuche Benannten zur Rückzahlung verpflichten; ihr genügt es, wenn sie durch Leistung an den Buchinhaber von ihrer Schuld befreit wird.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 810. 1. **RG.** BadRpr. **10** 10. Wer auf Grund des § 810 BGB. von dem Besitzer einer Urkunde die Gestattung der Einsicht verlangt, muß die Umstände darlegen, aus denen sich sein rechtliches Interesse an der Einsicht ergibt.

2. SeuffA. **65** 68 (Kiel) = JDR. **8** § 810 Ziff. 3.

§ 811. OLG. **20** 228 (Hamburg). Dem zur Einsichtnahme von Büchern Berechtigten muß die Möglichkeit gewährt werden, auch zu Hause, ungestört von der Unruhe des Geschäftsbetriebes, sich die Tatsachen, die er für erforderlich hält, anzustellen. Dazu wird in vielen Fällen die Mitnahme einzelner Aufzeichnungen nicht zu entbehren sein. Treu und Glauben erfordern daher, daß sie dem Berechtigten nicht verwehrt werde. Eb wird dabei allerdings eine gewisse Grenze innezuhalten sein, der Berechtigte darf kurze Notizen, d. h. kurze Aufzeichnungen, nicht aber Abschriften von Büchern mitnehmen.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Die Literatur zum 24. Titel ist im Berichtsjahr auffallend gering. Erwähnt sei Oertmanns Untersuchung über die Ersitzung und die Bereicherungshaftung.

Literatur: Oertmann, Ersitzung und Bereicherungshaftung, R. **10** 585—594.

§ 812. 1. Oertmann. Die Frage, ob die Ersitzung einer Bereicherungshaftung Raum gewähre, läßt sich nicht allgemein beantworten. Sie tut nichts, als die unvollkommene Wirkung des anfänglichen Besitzerwerbes zu ergänzen, und es kommt somit darauf an, ob dieser ohne den einen sofortigen Eigentumserwerb hindernden Mangel einer Bereicherungs- oder sonstigen Rückgabepflicht Raum gelassen hätte.

2. **RG.** BankA. **9** 248, R. **10** Nr. 3489. Wird eine Leistung in der erkennbaren Annahme bewirkt, daß dem Leistenden dafür ein Gegenwert entrichtet werde, so folgt aus der Feststellung, daß für den Empfänger eine Verpflichtung zur Leistung des Gegenwerts nicht bestehe, ohne weiteres, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers vorliegt.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2817. Wenn auf Grund eines nichtigen gegenseitigen Vertrags Leistungen und Gegenleistungen erfolgt sind, so können für die Frage, inwieweit

eine Partei bereichert ist, nicht einseitig bloß die von ihr empfangenen Leistungen in Betracht gezogen werden. Vielmehr entspricht es der Billigkeit, welche die Grundsätze bezüglich der ungerechtfertigten Bereicherung beherrscht, die auf Ausgleichung einer zwar dem formalen Rechte entsprechenden, aber im Grunde ungerechtfertigten und dem natürlichen Rechtsgefühle widerstreitenden Vermögensverschiebung gerichtet ist, daß in solchem Falle die durch Leistung und Gegenleistung erwachsenen Vorteile und Nachteile gegeneinander abgewogen werden, daß, wie die Mot. II 837 sich ausdrücken, in concreto auf die gesamte Vermögenslage des Empfängers Rücksicht zu nehmen ist. Aufwendungen, welche der Empfänger aus Anlaß der ihm ohne rechtlichen Grund zugekommenen Vermögensvermehrung gemacht hat, gehen nicht zu seinen Lasten, sondern zu Lasten des Rückforderungsberechtigten. Nur der aus der Vergleichung von Vorteilen und Nachteilen verbleibende Überschuß stellt sich als ungerechtfertigte Bereicherung dar, die zur Herausgabe verpflichtet.

4. **RG.** LeipzZ. **10** 622, R. **10** Nr. 2361. Eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten eines anderen setzt notwendig voraus, daß derjenige, welcher bereichert sein soll, einen Vermögensvorteil erhalten hat, der ihm nicht zustand, und diesen Vorteil erhalten hat durch eine Leistung, zu der der andere nicht verpflichtet war. An diesen Voraussetzungen fehlt es, wenn jemand einen Vermögensgegenstand zur Verwendung für einen bestimmten Zweck erhält, statt des ihm übergebenen und in sein Vermögen gelangten Gegenstandes aber einen anderen ihm selbst gehörigen gleichartigen Gegenstand hierfür verwendet.

5. **RG.** R. **10** Nr. 57. Ein durch unerlaubte Handlung, auf unerlaubtem Wege erlangter Vermögensvorteil ist immerhin ohne rechtlichen Grund erlangt; die Bereicherung aus unerlaubter Handlung ist in dem § 812 im allgemeinen, in den §§ 817, 852 Abs. 2 im besonderen behandelt und anerkannt.

6. **RG.** JW. **10** 752. § 812 BGB. gewährt unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen demjenigen das Zurückforderungsrecht, der an einen anderen eine Leistung bewirkt hat. Zahlt er hierbei im Interesse eines Dritten, z. B. um eine Schuld des Dritten zu tilgen oder um für den Dritten eine Forderung zu begründen, so wird nicht selten zweifelhaft sein, ob die Zahlung als Leistung des Zahlenden selbst, oder ob sie nicht vielmehr als Leistung des Dritten anzusprechen und deshalb ein Rückforderungsrecht des eigentlich Zahlenden von vornherein ausgeschlossen ist. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn er, weil er die Zahlung nur als Bote überbringt, im Rechtssinne überhaupt nicht leistet, oder wenn er lediglich als Vertreter des Dritten zahlt, oder endlich, wenn sich, wie im gewöhnlichen Bank- oder Postverkehre, sein Tätigwerden in der bloßen Vermittelung der Zahlung erschöpft. Dagegen ist eigenes Leisten und gegebenenfalls der Rückforderungsanspruch des Zahlenden nicht schon durch die Tatsache ausgeschlossen, daß die Zahlung „für Rechnung" des Dritten geleistet worden ist. Diese Wendung kann, wie in der vom Revisionsbeklagten angezogenen Entscheidung in **RG.** 18, 309 näher dargelegt ist, zum Ausdrucke bringen, daß schlechthin für den Dritten gezahlt werde. Sie hindert aber den Zahlenden nicht, hierbei dem Empfänger gegenüber noch einen besonderen Zweck der Zahlung zu erklären und sie damit als eigene, auf ein von ihm selbst bestimmtes Ziel gerichtete Leistung zu kennzeichnen.

7. Abs. 2.

a) **RG.** JW. **10** 1002, LeipzZ. **10** 929, DJZ. **10** 1465, R. **10** Nr. 3490. Voraussetzung einer jeden ungerechtfertigten Bereicherung und somit des Anspruchs auf Herausgabe einer solchen ist, daß jemand etwas ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen erlangt hat. Das kann auch bei der durch Vertrag erfolgten Anerkennung des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses vorliegen (§ 812 Abs. 2, § 397 Abs. 2 BGB.). Es wird aber in jedem einzelnen Falle für die Frage, ob die Anerkennung des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses kondiziert werden kann und

also die erfolgte Erlöschung des Schuldverhältnisses durch Wiederherstellung desselben rückgängig zu machen ist, vor allem — ebenso wie bei der Zurückforderung einer gezahlten Geldsumme — darauf ankommen, in welchem Sinne und zu welchem Zwecke das Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt, die Geldsumme hingegeben ist. Häufig wird bei einem Anerkennungsvertrage der Parteien, das Schuldverhältnis bestehe nicht, die Absicht der Vertragschließenden darauf gerichtet sein, die wirkliche Rechtslage festzustellen; Voraussetzung ist dabei, daß die betreffende Schuld in Wirklichkeit nicht besteht. Ergibt sich dann, daß die Schuld dennoch bestand, so ist die wirkliche Rechtslage nicht festgestellt, und die Anerkennung des Nichtbestehens des Schuldverhältnisses, die gemäß § 812 Abs. 2 als Leistung gilt, kann als ein ohne rechtlichen Grund erfolgter Vermögenszusatz des Schuldners auf Kosten seines Gläubigers erscheinen. Anders aber liegt die Sache, wenn die Parteien bei der vertraglichen Feststellung, das Schuldverhältnis bestehe ganz oder zum Teil nicht (oder nicht mehr), nicht lediglich die zur Zeit der Feststellung wirkliche Rechtslage feststellen wollen, wenn sie vielmehr durch den neuen Vertrag die Rechtslage eventuell auch haben ändern wollen; wenn sie das fortan zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis durch den neuen Vertrag haben festlegen wollen und also den Vertrag über das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses gerade ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich die Schuld bestehe oder nicht, geschlossen haben. In einem solchen Falle liegt bei einer dadurch herbeigeführten Veränderung in den Rechten der Parteien keine ungerechtfertigte Bereicherung vor; die Veränderung — der Zuwachs oder die Verminderung — ist gerade so, wie sie in Wirklichkeit eingetreten ist, auch in Wirklichkeit gewollt, sie ist nicht ohne rechtlichen Grund, sondern zufolge des auf sie mitgerichteten Vertragswillens eingetreten.

b) **RG.** JW. **10** 752, PosMSchr. **10** 158, BayRpflZ. **10** 385. Hat der uneheliche Vater das Bestehen einer Unterhaltsverbindlichkeit anerkannt, ohne daß er in der durch § 1717 Abs. 2 bestimmten Zeit der Mutter des Kindes beigewohnt hat, so hat er das Schuldanerkenntnis ohne rechtlichen Grund abgegeben. Wenn das Kind von dem Kl. erzeugt ist, so entspricht die Anerkennung der Unterhaltsverbindlichkeit einer sittlichen Pflicht. Allein die bloße Annahme des Kl. (Vaters), das Kind sei von ihm erzeugt, genügt nicht zu dem Nachweise, daß die Anerkennung der Unterhaltsverbindlichkeit einer sittlichen Pflicht entsprach (§ 814).

c) **RG.** R. **10** Nr. 3912. Wer durch Vertrag eine größere Schuldsumme, als von ihm verlangt werden konnte, anerkannt hat, kann auf Grund des Nachweises, daß er teilweise eine Nichtschuld anerkannt habe, sein Anerkenntnis insoweit zurückfordern, ohne nachweisen zu müssen, daß die Anerkennung aus Irrtum erfolgt sei; Sache des Beklagten ist es, zu behaupten und zu beweisen, daß der Anerkennende gewußt habe, er sei zur Anerkennung insoweit nicht verpflichtet gewesen (vgl. **RG. 60** 420).

d) R. **10** Nr. 1244 (Braunschweig). Ist in einem Auseinandersetzungsvertrage ein einzelner Schuldposten unrichtig, so besteht der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung in der Berichtigung des Schuldanerkenntnisses.

e) OLG. **20** 244 (Kiel). Kondizierung einer irrtümlich erteilten Generalquittung.

8. Über die Haftung des falsus procurator gegenüber dem Vertretenen vgl. *Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung 45/46; vgl. auch bei §§ 677, 687, 816, 823, 824, 826.

9. OLG. **20** 243 Anm. (Breslau). Bei gegenseitigen Verträgen greift der § 812 nicht schon deshalb durch, weil die Gegenleistung nicht gewährt wurde; denn die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf diese läßt schon den Empfang und das Behalten der Leistung als gerechtfertigt erscheinen (**RG. 66** 133). Nur wenn ein über den Anspruch auf die Gegenleistnng hinausgehender Erfolg Vertragsinhalt geworden ist, wird § 812 anwendbar.

10. a) **RG.** LeipzZ. **10** 850. Wie in **RG. 60** 419 bereits ausgesprochen ist, liegt dem Kläger, der einen auf §§ 812 ff. BGB. gestützten Anspruch auf Rückgewähr einer irrtümlich bewirkten Leistung erhebt, nur der Nachweis ob, welche Verbindlichkeit er durch die Leistung hat erfüllen wollen, und daß diese Verbindlichkeit in Wirklichkeit nicht besteht. Dagegen braucht er nicht weiterhin auch noch den von ihm behaupteten Irrtum nachzuweisen; vielmehr hat der Beklagte, um den Rückgewähranspruch abzuwehren, seinerseits einzuwenden und zu beweisen, daß Kläger bei Bewirkung der Leistung das Nichtbestehen der Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung die Leistung dienen sollte, gekannt hat. S. Ziff. 7 c.

b) OLG. **20** 245 (Braunschweig). Wer aus ungerechtfertigter Bereicherung etwas herausverlangt, braucht bloß zu beweisen, daß er zur Erfüllung eine Verbindlichkeit geleistet habe und daß diese nicht vorhanden gewesen sei.

11. **RG. 73** 173. Die Vermögensverschiebung, zu deren Ausgleich der Anspruch bestimmt ist, muß sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen haben. Erfolgt der Übergang eines Wertes von dem einen Teil zum andern auf dem Umwege über das Vermögen eines Dritten durch ein Rechtsgeschäft mit diesem, der nicht als Vertreter, sondern im eigenen Namen handelt, so steht dem ersteren ein Anspruch gegen den Empfänger aus der etwa ungerechtfertigten Bereicherung nicht zu; denn der Empfänger ist dann nicht auf *seine* Kosten bereichert. Dies wird bestätigt durch die Ausnahmebestimmung des § 822 BGB., wonach, wenn der Empfänger das Erlangte einem Dritten zuwendet, dieser nur unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen namentlich die Unentgeltlichkeit der Zuwendung gehört, zur Herausgabe an den Gläubiger des ursprünglichen Empfängers verpflichtet ist.

12. OLG. **20** 235 (Braunschweig). Wenn die Leistung nach dem Gegenstande oder wenigstens nach dem Betrage teilbar ist in eine gerechtfertigte und eine ungerechtfertigte, beschränkt sich die Herausgabepflicht auf letztere, es findet dann bloß eine Berichtigung des Ergebnisses der Schuldenerkennung statt (*Regelsberger* JheringsJ. **46** 30; *Rümelin* AzivPr. **98** 193).

13. *Aus der Praxis.*

a) HansGZ. **10** Beibl. 33 (Hamburg). Verträge, durch welche die Behörden getäuscht werden sollen (Führung einer Wirtschaft als Vertreter des Konzessionierten, aber für eigene Rechnung), verstoßen gegen die guten Sitten und sind nichtig. Das auf Grund eines solchen Vertrags Geleistete kann nach § 812 zurückgefordert werden.

b) OLG. **20** 246, HansGZ. **10** Hauptbl. 69 (Hamburg). Die Hingabe eines Wechsels zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem klagbaren Börsentermingeschäft ist keine Leistung i. S. des § 55 BörsG.; der Wechselgläubiger ist zur Herausgabe eines solchen Wechsels und, falls der Wechsel weiter begeben ist, zur Erstattung der Wechselsumme verpflichtet.

c) R. **10** Nr. 4078 (Hamburg). Der Hypothekengläubiger, der in der Zwangsversteigerung das verpfändete Grundstück unter dem Werte versteigert hat, ist nicht um den Mehrwert ungerechtfertigt bereichert; vielmehr beruht sein Gewinn auf Gesetz. Deshalb kann auch der Hypothekschuldner, der von dem Gläubiger wegen Ausfalls der Hypothek persönlich in Anspruch genommen ist, nicht mit dem Mehrwerte, den der Gläubiger in dem Grundstück erworben hat, aufrechnen.

d) **RG.** WarnE. **10** 126. Unbegründeter Anspruch auf Herausgabe des Versteigerungserlöses, wenn der klagende Hypothekengläubiger, dem der Beklagte den Vorrang eingeräumt hat, bei der Verteilung infolge Unterlassens der Anmeldung ausgefallen ist.

e) WürttJ. **22** 135 (Stuttgart). Keine Bereicherungsklage des Lieferanten eines Sauggasmotors gegen den, der den Motor durch rechtskräftigen Zuschlagsbeschluß erworben hat.

f) **RG.** R. **10** Nr. 686. Ist bei Auflösung eines Liebesverhältnisses der Geliebten als Entschädigung für die Auflösung des Verhältnisses und wegen ihrer möglichen Ansprüche und Nachteile aus einer Schwangerschaft eine Entschädigung versprochen worden, so kann das Versprechen, wenn sich nachträglich herausstellt, daß eine Schwangerschaft nicht vorgelegen hat, dieserhalb nicht kondiziert werden.

g) **RG.** R. **10** Nr. 4077. Hat während der Verhandlungen zur Gründung einer Gesellschaft einer der Beteiligten sich zurückgezogen, so kann er, wenn die Gesellschaft demnächst von den übrigen Beteiligten gegründet wird, die von ihm bereits geleistete Einzahlung aus der Gesellschaftskasse zurückfordern.

h) R. **10** Nr. 3341 (Colmar). Zuvielgezahlte Zeugengebühren sind zurückzuerstatten, auch wenn sie der Zeuge der Armenkasse geschenkt hat.

i) *W o l f, Hessisches Landesprivatrecht, Ergänzungsband III zu D e r n b u r g, BGB. § 46. Der Anspruch auf Rückgewähr zu Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben ist, weil vom Einzelinteresse aus erfolgend, privatrechtlich (§ 13 GVG.), wonach im Zweifel Rechtsweg zulässig, greift jedoch nur ein, soweit die Erhebung nicht durch einen vorhergehenden Festsetzungsbescheid gedeckt ist. Denn insoweit ist nicht nur der Erstattungsanspruch unbegründet, sondern auch Rechtsweg durch Verwaltungsverfahren ersetzt. Rechtsweg kommt insbesondere in Betracht, wenn im Festsetzungsbescheid ein Schreibfehler war oder irrtümlich doppelt gezahlt wurde oder nach Aufhebung des Festsetzungsbescheids die Rückzahlung unterbleibt.

k) DIZ. **10** 888, R. **10** Nr. 2816 (BayObLG.). Wenn jemand die Verpflegung eines anderen gegen das Versprechen einer letztwilligen Zuwendung übernommen hat, kann er, falls es nicht zu der letztwilligen Verfügung kommt, für die gewährte Verpflegnng ein angemessenes Entgelt verlangen.

l) α. **RG. 72** 334, R. **10** Nr. 500. Hat ein Armenverband einem N i c h t - Unterstützungsbedürftigen in der irrigen Annahme, er sei hilfsbedürftig, Unterstützungen gewährt, so ist ein Erstattungsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegeben. Dieser Erstattungsanspruch unterliegt der ordentlichen Verjährung von 30 Jahren.

β. DIZ. **10** 885, R. **10** Nr. 2815 (BAH.). Ein Armenverband, der in der irrigen Meinung, der endgültig verpflichtete Armenverband zu sein, dem vorläufig fürsorgepflichtigen Armenverbande seine Aufwendungen erstattet hat, kann von diesem nach Entdeckung des Irrtums die Zahlung zurückfordern.

m) SeuffBl. **10** 603 (BayVerwGH.). Ersatzansprüche einer Gemeinde, die sich für die Heimatgemeinde gehalten und Armenunterstützung gezahlt hat, gegen die wirkliche Heimatgemeinde richten sich nach den Bestimmungen der §§ 812 ff.

n) DIZ. **10** 884. Der Armenverband, der in der irrigen Meinung, der endgiltig verpflichtete Armenverband zu sein, dem vorläufig fürsorgepflichtigen Armenverbande seine Aufwendungen erstat'et hat, kann von diesem nach Entdeckung des Irrtums die Zahlung zurückfordern, denn er hat eine Nichtschuld bezahlt.

o) WürttJ. **21** 27 (Stuttgart) s. IDR. **8** § 812 Ziff. 14 i.

§ 814. 1. **RG.** SeuffA. **65** 190, JW. **10** 109. Der Irrtum des eine Nichtschuld Zahlenden über seine Zahlungsverpflichtung ist nach richtiger Auffassung des gemeinen Rechtes die „Grundbedingung" der condictio indebiti. Nach § 814 braucht zwar der Irrtum nicht vom Bereicherungskläger behauptet und bewiesen zu werden; vielmehr liegt dem Empfänger der Leistung der Beweis ob, daß dem Leistenden das Nichtbestehen der Verbindlichkeit bekannt war (**RG. 60** 420), aber auch nach dem geltenden Rechte bildet der Irrtum eine (negative) Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs; die Kenntnis der wahren Rechtslage schließt den Anspruch aus.

2. **RG. 72** 192, R. **10** Nr. 58. Die im § 814 vorgesehene Voraussetzung einer den Rückforderungsanspruch ausschließenden Kenntnis von dem Nichtbestehen der Ver-

pflichtung ist damit noch nicht erfüllt, daß bei der Leistung der Leistende von Zweifeln darüber erfüllt war, ob das Leistungsverlangen des anderen Teiles berechtigt sei.

3. R. **10** Nr. 1246 (Braunschweig). Die condictio indebiti erfordert nicht Anfechtung des Geschäfts wegen Irrtums.

4. **RG.** LeipzZ. **10** 775, BankA. **10** 13, R. **10** Nr. 3172. Auch das neue Börsengesetz steht nicht auf dem Standpunkte, daß die Erfüllung verbotener Börsentermingeschäfte allgemein oder wenigstens für einen Kaufmann einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, sonst hätte es nicht allgemein im § 66 Abs. 2 die Rückforderung des auf Grund eines verbotenen Börsentermingeschäfts in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei Geleisteten binnen einer Frist von zwei Jahren zulassen können.

5. **RG.** SeuffA. **65** 41 = JDR. **8** § 814 Ziff. 3 a.

§ 815. 1. **RG.** JW. **10** 17. Wird mündlich ein den Wünschen der Kl. entsprechendes Gesellschaftsverhältnis vereinbart, so ist die Weigerung, den Gesellschaftsvertrag in bindender rechtsgültiger Form abzuschließen, als ein den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhinderndes Verhalten der Kl. nicht aufzufassen. Das würde anderenfalls dazu führen, den wegen Nichtbeobachtung der Formvorschriften an sich nicht verbindlichen Vorverhandlungen eine ihnen nicht zukommende Bedeutung beizumessen.

2. **RG. 72** 342, JW. **10** 146, SchlHolstAnz. **10** 105 (vgl. das. 102 das vom RG. bestätigte Urteil des OLG. Kiel). Wer einen nichtigen Vertrag abgeschlossen hat, muß sich die Geltendmachung dieser Nichtigkeit seitens des Vertragsgegners gefallen lassen. Der Vertragsgegner, der sich auf die Nichtigkeit beruft, macht lediglich von seinem Rechte Gebrauch; wenn er das tut, verstößt er nicht gegen Treu und Glauben. Wenn die Voraussetzungen des § 826 vorliegen, kann eine andere Beurteilung eintreten.

§ 816. 1. Über die Haftung des falsus procurator vgl. *S c h w a b e , Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung 46, siehe auch bei §§ 677, 687, 812, 823, 824, 826.

2. **RG.** JW. **10** 810. Die Vorschrift des § 816 soll gegen die Gefahr des Verlustes des Eigentums, die durch den im Interesse des gutgläubigen Erwerbers einer Sache eingeführten Verkehrsschutz (§ 932 BGB.) geschaffen ist, einen Ausgleich gewähren. Das Vertrauensprinzip bewirkt zwar den endgültigen Eigentumserwerb, aber der Veräußerer, der objektiv widerrechtlich über fremdes Eigentum verfügt hat, soll den aus dieser Verfügung gezogenen Vorteil nicht behalten, sondern ihn dem Eigentümer ausliefern. Das Bedenken, daß im vorliegenden Falle die Innung selbst infolge der — freilich unbefugten und rechtlich unwirksamen — Handlung ihres Willensorgans dem Verfügenden die Möglichkeit der Veräußerung erst geschaffen hat, kann dem Wortlaut und der Absicht des Gesetzes gegenüber nicht durchschlagen. Vermochte das Veräußerungsgeschäft nicht das Eigentum zu übertragen und ist also der Veräußerer Eigentümer geblieben, so hat er auch den ihm durch den § 816 BGB. gegebenen Ausgleichungsanspruch, wenn der Erwerber durch seine nach dem Gesetze wirksame Verfügung nun doch das Eigentum beseitigt hat. Auf ein Verschulden des Verfügenden kommt es nicht an. Der § 816 BGB. gibt einen Bereicherungsanspruch, mit dem nicht eine verbotswidrige Leistung zurückgefordert, sondern die Herausgabe dessen verlangt wird, was durch die objektiv rechtswidrige, aber gültige Verfügung erzielt ist. Es wäre nicht zu verstehen, wenn das Gesetz das, was es mit dem § 816 gibt, wieder durch den § 817 Satz 2 nehmen wollte. Die Tatbestände beider Vorschriften sind völlig verschieden voneinander.

3. R. **10** Nr. 2797 (Hamburg). Die Übertragung einer unpfändbaren Forderung (Alimentenforderung) ist zwar nichtig. Hat jedoch die Übertragung zahlungshalber stattgefunden und der Zessionar die Zahlung zur Befriedigung seiner Forderung

gegen den Zedenten angenommen, so kann der letztere den Betrag von ihm nicht zurückverlangen, da der Zessionar nicht auf Kosten des Zedenten bereichert ist.

4. WürttJ. **21** 18 (Stuttgart). Anwendung des § 816 auf den Verkauf von Gegenständen, die der Verkäufer seinerseits unter Eigentumsvorbehalt von einem Dritten gekauft hat.

§ 817. 1. **RG. 72** 46, SeuffA. **65** 214, LeipzZ. **10** 76 = JDR. 8 § 817 Ziff. 1.

2. a) HansGZ. **10** Beibl. 148 (Hamburg). Kauf eines Bordellgeschäfts mit Inventar. Derartige Abmachungen sind als Ganzes nichtig und die Rückforderung der geleisteten Beträge wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist ausgeschlossen. Der zweite Satz des § 817 BGB. gilt auch dann nicht, wenn die Rückforderung auch auf andere gesetzliche Bestimmungen als die des ersten Satzes des § 817 gegründet werden kann. Es ist in der Literatur bestritten, ob der zweite Satz des § 817 auch dann gelte, wenn die Rückforderung auch auf andere Bestimmungen des Gesetzes als auf den ersten Satz des § 817 gegründet werden könne (bejaht **RG. 63** 346). Das Recht will in den Fällen des § 817 Satz 2 denjenigen, der geleistet hat, nicht schützen. Würde es ihm ein Rückforderungsrecht geben, wenn der Gegner nicht das täte, wozu er die Leistung empfangen hätte, würde es ihn wenigstens in beschränkter Weise schützen. Der Bestecher könnte die Bestechungssumme zurückfordern, wenn der Bestochene die Verabredung nicht innehielte. Das Gericht müßte prüfen, wozu derselbe sich anheischig gemacht, und ob er das Versprochene getan hätte. Das ist offenbar nicht die Meinung des Gesetzes.

b) R. **10** Nr. 3759 (Hamburg). Der Käufer eines Bordellgeschäfts kann den Kaufpreis auch dann nicht zurückfordern, wenn der Empfänger des Preises durch die Annahme nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat.

3. **RG. 73** 143, JW. **10** 389. Die Vorschrift des § 817 Satz 2, daß eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung der Rückforderung nicht unterliegt, ist nicht ausdehnend auszulegen. Sie muß auf noch nicht erfüllte, sondern erst in der Zukunft zu erfüllende persönliche Zahlungsversprechen und Schuldeingehungen Anwendung finden. Ein unfertiges Rechtsgeschäft liegt dann nicht vor, wenn der Leistende sofort Geld oder Geldeswert dem anderen hingibt. Das gleiche muß aber auch dann gelten, wenn der Leistende auf seinem Grundstücke dem anderen ein rein dingliches Recht (Grundschuld) einräumt. Auch hier ist das Versprechen sofort erfüllt und das dingliche Rechtsgeschäft fertig und vollendet.

4. **RG.** LeipzZ. **10** 396, DJZ. **10** 595. Wer in Ausbeutung der Notlage sich von dem anderen unverhältnismäßige Vermögensvorteile hat versprechen lassen, handelt nicht ohne weiteres wucherisch, wenn er sich demnächst die Vermögensvorteile gewähren läßt zu einer Zeit, wo die Notlage nicht mehr besteht. Dann fehlt es bei dem anderen an der Notlage wie bei dem Empfänger an der Möglichkeit, sie zur Erlangung der Vermögensvorteile auszubeuten.

5. OLG. **20** 247 (KG.). Zur Anwendung des § 817 Satz 2 genügt ein objektiver Verstoß gegen die guten Sitten. Der § 138 steht nicht entgegen; denn diese allgemeine Vorschrift wird durch die Sondervorschrift des § 817 nicht berührt. Ist das Leistungsgeschäft gemäß § 138 nichtig, so steht dem Leistenden auch die Kondiktion des § 812 zu. Regelmäßig wird aber auch der Tatbestand des § 817 gegeben sein; aus ihm kann dem Rückforderer entgegnet werden, daß er gleichfalls gegen die guten Sitten verstoßen habe.

6. OLG. **20** 233 (Dresden). Über die Rückforderung des Einsatzes bei Rennwetten vom Buchmacher.

7. **RG.** LeipzZ. **10** 73 f. JDR. 8 § 817 Ziff. 4 a.

§ 818. 1. **RG.** JW. **10** 108. Ein den späteren Wegfall der Bereicherung behauptendes Vorbringen der Partei trägt nicht den Charakter einer wirklichen „Einrede", wie etwa die Berufung auf die Verjährung, so daß es nur zu berücksichtigen

wäre, wenn der Rechtsbehelf als solcher von der mit dem Rückforderungsanspruche verfolgten Partei wirklich geltend gemacht würde. Vielmehr hat es den Charakter eines rechtsvernichtenden „Einwandes“, der zwar regelmäßig auch von der Partei, die daraus eine Folgerung zu ihren Gunsten ableitet, vorgebracht wird, der aber, wie z. B. der Einwand der Zahlung, auch zu berücksichtigen ist, wenn er sich nur überhaupt aus den Vorträgen der Parteien, insbesondere auch des Klägers ergibt.

2. **RG.** SchlHolstAnz. **10** 145, R. **10** Nr. 60. Die Verpflichtung des Ehemanns, Ersatz für ein eingebrachtes Erwerbsgeschäft zu leisten, bestimmt sich nach § 1421, nicht nach § 818.

3. SächsRpflA. **10** 72 (Dresden). Der Beklagte, der ein Grundstück gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 herauszugeben, es aber inzwischen veräußert hat, ist nach § 818 Abs. 2 gehalten, den Wert den Klägern zu ersetzen.

4. **RG.** R. **10** Nr. 59. Bei Unwirksamkeit des Vergleichs können vom Tage der Zahlung der Vergleichssumme die gesetzlichen Zinsen beansprucht werden.

5. **RG. 72** 152 = **JDR. 8** § 818 Ziff. 1.

6. **RG. 72** 1 = **JDR. 8** § 818 Ziff. 4.

§ 819. 1. **RG.** JW. **10** 17. Der Fiskus ist nicht verpflichtet, die von ihm zu Unrecht erhobenen Stempelabgaben zu verzinsen; insbesondere wenn er selbst aus dem eingezogenen Betrage Nutzungen nicht gezogen hat.

2. Fälle der Anwendung des § 819 OLG. **20** 248 (Hamburg); 249 (KG.); 250 (Hamburg).

3. OLG. **21** 194 (Dresden). Gegen Ansprüche aus § 819 ist die Aufrechnung ausgeschlossen.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre 1910 ist die Literatur über das Recht der unerlaubten Handlungen spärlich. Weder die allgemeinen noch die einzelnen Fragen haben zahlreiche Bearbeitung gefunden. Die Aufsätze von Goldmann, Dalberg, Carlebach, Kraft, Schwabe sind hervorzuheben. — Die Rechtsprechung hat im Berichtsjahre keine Gelegenheit gehabt, besonders nennenswerte Fortschritte zu machen; es sind zumeist die bereits bekannten Fälle, die behandelt werden. Gleichwohl sind zahlreiche Entscheidungen zu verzeichnen, die gerade für die Behandlung einzelner Fälle in Betracht kommen. Zum § 833 in seiner neuen Fassung sind einzelne Entscheidungen zu verzeichnen. Das Automobilhaftpflichtgesetz ist aus dem Rahmen des § 823 herausgenommen und besonders behandelt worden. Einzelne Entscheidungen, die sich aber auf die Zeit vor dem Inkrafttreten des Autoges. beziehen, sind zu § 823 Ziff. 8 z und § 831 Ziff. 13 f. abgedruckt worden.

Im einzelnen sei zu §§ 823 ff. auf die zu Ziff. 1 b und Ziff. 5 abgedruckten Entscheidungen verwiesen; zu § 823 Abs. 1 ist der Aufsatz von Goldmann zu erwähnen. — Zahlreiche Fälle der Haftung für die Beschaffenheit der Wege sind entschieden worden. Die Haftung der Gastwirte haben Fürst und Tume behandelt. — Zum § 826 gibt die Frage der Rechtskraft der Urteile und des Verstoßes gegen die guten Sitten immer wieder erneute Gelegenheit zu wissenschaftlicher Behandlung. Dalberg, Düringer, Hellwig und Fuchs haben die Frage erörtert. Über § 826 und UnlWG. ist **RG.** JW. **10** 617 (§ 826 Ziff. 12) zu vergleichen. — Zu § 831 ist auf den Aufsatz von Carlebach zu verweisen. Die Novelle zum § 833 hat ein bemerkenswertes Abnehmen der Literatur und Judikatur zur Folge gehabt. Einzelne Zweifelsfragen behandeln Josef, Fürst und Fürwahr. Zum § 839 ist der Aufsatz von Kraft zu erwähnen. Die zahlreichen Einzelfälle zeigen die Bedeutung dieser wichtigen Vorschrift. — Die §§ 843 und 844 bilden nach wie vor einen ständigen Anlaß zu Streitigkeiten.

Literatur: Carlebach, Der Entlastungsbeweis des § 831. — Conrades, R. 10 36. — Dalberg, Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten, BuschsZ. 40 5. — Dickel, BayRpflZ. 10 351. — Diefenbach, Über das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern und Erziehungsberechtigten, GruchotsBeitr. 54 105. — Düringer, Falsche Urteile und Rechtskraft, DJZ. 10 38. — Fuchs, Versehentliche Gerichtsurteile, DJZ. 10 1295. — Fürst, Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften, LeipzZ. 10 178. — Derselbe, Zur Ersatzpflicht des Tierhalters, JW. 10 571. — Fürwahr, JW. 10 95. — Goldmann, Zur Frage der Verletzbarkeit obligatorischer Rechte durch Dritte, GruchotsBeitr. 54 56. — Hellwig, R. 10 727. — Huber, Zum Begriff der „Bestellung zu einer Verrichtung" des § 831 BGB., DJZ. 10 479. — Josef, R. 10 770. — Klein, Schadensersatzansprüche Dritter gegen Ehegatten wegen Verletzung der aus der Ehe sich ergebenden Pflichten, SeuffBl. 10 420—422. — Kraft, Haftpflicht der Justizbeamten, RheinA. 108 19. — Derselbe, DJZ. 09 1420. — Oertmann, Noch einmal die schwarzen Listen des Zechenverbandes, ABürgR. 34 260. — Rosenthal, Der Standpunkt des RG. gegenüber Beeinflussungen des Abnehmerkreises eines Gewerbetreibenden, LeipzZ. 10 107. — Silbermann, Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch, BayRpflZ. 10 105. — Sommer, Die Haftpflicht des Waisenrats, FürsZ. 2 205. — Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung. — Strupp, Schadensersatzansprüche Dritter gegen Ehegatten wegen Verletzung der aus der Ehe sich ergebenden Pflichten, SeuffBl. 10 315. — Tume, Die Haftung des Gastwirts für eine ungeeignete Beschaffenheit der Gastlokalitäten, BayRpflZ. 10 231. — Warschauer, Zur Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB., DJZ. 10 1294. — Wasser, Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalt der Familie, DJZ. 10 405.

Zu §§ 823 ff. 1. Kausalzusammenhang (JDR. **8** §§ 823 ff. Ziff. 2; **7** Ziff. 1; **6** Ziff. 2; **5** Ziff. 2; **4** Ziff. 3; **2** Ziff. 8; **1** Ziff. 5).

1. a) **RG.** FrankfRundsch. **44** 101. Der ursächliche Zusammenhang wird durch die Mitwirkung noch anderer Ursachen nicht ausgeschlossen, ist aber dann zu verneinen, wenn die nicht entfernte Möglichkeit besteht, daß die Folge auch ohne die behauptete Ursache eingetreten wäre.

b) SchlHolstAnz. **10** 294 (Kiel). Haftung eines Feuerwehrmanns für den Schaden, den ein Kind dadurch erlitten hat, daß ihm erlaubt wurde, den Spritzenwagen zu schieben. Nach den Umständen des Falles ist in diesem Verweilenlassen die adäquate Ursache für den Unfall zu erblicken. Adäquat ist ein Umstand für einen Erfolg, wenn er nach der Erfahrung des Lebens im regelmäßigen Verlaufe der Dinge, also ohne Hinzutritt außergewöhnlicher anderer Umstände, den eingetretenen Erfolg herbeiführt (vgl. **RG.** u. a. in JW. **06** 214, **05** 44, GruchotsBeitr. **03** 108). Im Normalfalle, d. h. wenn es sich um das Verweilenlassen erwachsener Menschen gehandelt hätte, würde eine adäquate Verursachung allerdings kaum anzunehmen sein. Handelt es sich aber — wie hier — um das Verhalten eines Kindes, welches verletzt ist, so ist zu berücksichtigen, daß bei Kindern erfahrungsgemäß ein umsichtiges und zweckentsprechendes Handeln keineswegs immer die Regel und Norm bildet. (Vgl. Entsch. des **RG.** vom 29. April 1909 in Sachen R. c. V. U. I. 37/08, Aktenzeichen des **RG.** VI. 221/08.) Der Maßstab des „regelmäßigen Verlaufs der Dinge" kann also in Fällen, in denen es sich um Verletzungen von Kindern handelt, nur mit entsprechender Erweiterung angelegt werden. Geschieht dies, so kann jedenfalls von einer rein zufälligen Folge des schuldhaften Verweilenlassens der Kinder durch den Beklagten, die also nur infolge einer Verkettung von Umständen durch das schuldhafte Verhalten ermöglicht wäre und deshalb nicht als adäquate Folge des letzteren angesehen werden könnte, keine Rede sein.

c) **RG.** JW. **10** 618. Ursächlicher Zusammenhang bei einem aus mehreren Einzelhandlungen bestehenden Vorfalle.

d) R. **10** Nr. 3315 (BayObLG.). Die Haftung für einen rechtswidrigen Erfolg ist nicht auf die letzte Handlung in der Ursachenreihe beschränkt. Es kommt vielmehr für die Annahme des Kausalzusammenhanges zwischen den Handlungen oder Unterlassungen der verschiedenen Personen und dem schließlich eingetretenen Erfolge

darauf an, ob die Handlung oder Unterlassung desjenigen, dessen Tätigkeit vorhergegangen ist, eine unerläßliche Bedingung für den eingetretenen Erfolg war, derart, daß ohne diese vorausgegangene Handlung oder Unterlassung trotz der Tätigkeit desjenigen, der später gehandelt hat, der rechtswidrige Erfolg nicht eingetreten wäre.

e) DJZ. **10** 542 (PrOVG). Für die Frage nach der Urheberschaft eines polizeiwidrigen Zustandes und dem Kausalzusammenhange hierbei darf das Nichthandeln dem Handeln nur gleichgestellt werden, wenn der Nichthandelnde verpflichtet war, zu handeln, insofern also sich nicht bloß rein passiv verhalten durfte.

2. Verschulden (JDR. **8** §§ 823 Ziff. 3; **7** Ziff. 2; **5** Ziff. 3; **4** Ziff. 4; **3** Ziff. 5; **2** Ziff. 9; **1** Ziff. 6).

a) SächsOLG. **31** 365, OLG. **20** 253 (Dresden). Nur auf dem Wege der Individualisierung läßt sich zu einer Abgrenzung der Sorgepflicht kommen, und es gilt wie für das Straf-, so auch für das Zivilrecht kein anderer Maßstab als der: daß bloß diejenige Vorsicht im Verkehre wechselseitig verlangt werden kann, die von dem anderen nach den obwaltenden Verhältnissen billigerweise erwartet werden darf, sowie daß allein der Mangel einer solchen verkehrsgemäßen Aufmerksamkeit, verbunden mit der Möglichkeit, seine objektiv rechtswidrigen Wirkungen sowohl zu erkennen als auch zu vermeiden, den Begriff der fahrlässigen Verschuldung erfüllt.

b) **RG. 73** 333, JW. **10** 705. Auch ein Rechtsirrtum des Verletzenden kann die Annahme eines Verschuldens ausschließen. Jedoch muß der Irrtum ein entschuldbarer sein (**RG.** JW. **07** 251[12]; **08** 480[14]).. Entschuldbar aber ist der Rechtsirrtum gemäß § 276 BGB. nur dann, wenn der Verletzende bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte, seine beschädigende Handlung sei erlaubt (**RG.** JW. **07** 251[12]).

c) *Reichel, Forensische Psychologie **31**: Starker Affekt, wie Bestürzung, Furcht, Schrecken, kann Fahrlässigkeit ausschließen (Hausherr schießt fliehenden Einbrecher nieder).

3. Klage auf Unterlassung (JDR. **8** §§ 823 ff. Ziff. 5; **7** Ziff. 5; **6** Ziff. 8; **5** Ziff. 7; **4** Ziff. 7; **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11; **1** Ziff. 10).

a) SächsOLG. **31** 524 (Dresden). Klage auf Unterlassung übler Nachrede (Vorwurf: Kl. sei wiederholt bei Obstdiebstählen betroffen worden). OLG. schließt sich wegen der Voraussetzung der Unterlassungsklage der herrschenden, vom RG. vertretenen Ansicht an. Vgl. OLG. **20** 259 (Dresden).

b) SächsRpflA. **10** 372 (Dresden). Die Klage auf Unterlassung einer beleidigenden Äußerung setzt voraus, daß die Gefahr einer Wiederholung der Beleidigung genügend beanzeigt ist. Eine einmalige, in der Erregung gebrauchte Äußerung: jemand habe falsch geschworen, berechtigt nicht zur Unterlassungsklage.

c) **RG.** SeuffA. **65** 273 f. JDR. **8** §§ 823 ff. Ziff. 5 a.

4. Beweislast (JDR. **8** zu §§ 823 ff.; Ziff. 6; **7** Ziff. 7; **6** Ziff. 10; **5** Ziff. 8; **4** Ziff. 11; **3** Ziff. 9; **2** Ziff. 12; **1** Ziff. 11).

a) Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Erhebt der Kläger einen Schadensersatzanspruch auf Grund des § 823 BGB. und bestreitet der Beklagte die Widerrechtlichkeit seines Tuns oder die Verletzung eines Schutzgesetzes, so trifft den Kläger die Beweislast.

b) HessRspr. **11** 129 (Darmstadt). Die Beweislast für Notwehr und Notstand trifft denjenigen, der sich hierauf beruft.

5. Ausschluß der Haftung durch Vertrag.

RG. R. **10** Nr. 4079. Rechtsirrtümlich wäre es, grundsätzlich und allgemein die Ausschließung der Haftung aus unerlaubter Handlung durch Vertrag oder auch nur durch stillschweigenden Vertrag auf die Fälle der Gefährdungshaftung ohne Verschulden des Haftpflichtigen zu beschränken. Richtig ist, daß die Entscheidungen über den stillschweigenden Haftungsausschluß (**RG. 65** 313, **67** 431, R. **08** Nr. 516, 1560,

2560, 3222, 3262) durchweg Fälle der Gefährdungshaftung betreffen, und die Annahme, daß die Feststellung eines solchen stillschweigenden, also nicht ausgesprochenen Vertragsschlusses regelmäßig nur dann unbedenklich ist, wenn es sich um den Ausschluß einer Gefährdungshaftung, um die Übernahme einer nicht durch ein Verschulden des anderen Teiles, zumal durch ein grobes Verschulden, sondern allein durch die gegebenen Verhältnisse von selbst gegründeten Gefahr handelt, ist nicht rechtsirrtümlich. Zu demselben Ergebnisse führt es, wenn der vom erkennenden Senat in der Entscheidung vom 29. März 1909 (R. **09** Nr. 1680) entwickelte Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr für die rechtliche Betrachtung des gegenwärtigen Falles verwertet wird; auch eine solche Übernahme der Gefahr ohne ein besonders festzustellendes Vertragsübereinkommen kann nur da angenommen werden, wo eine aus der Sachlage von selbst sich ergebende Gefahr, die der von ihr Bedrohte erkannt hat, in Frage kommt, so, wenn es sich um die allgemeine Tiergefahr oder um die Gefahr einer Fahrt mit Kraftwagen überhaupt, oder etwa um die Gefahr einer Fahrt mit einem offenbar unzulänglichen Fuhrwerke handelt. Der Gesichtspunkt versagt, wenn die Gefahr oder deren Erhöhung erst durch eine von dem Willen des Bedrohten unabhängige schuldhafte Handlung eines Dritten verursacht wird.

6. Schadensersatz.

a) JW. **10** 1003, R. **10** Nr. 3914. Ist durch den Unfall neben der akuten körperlichen Verletzung auch ein Nervenleiden bei dem Verletzten verursacht und dieses durch die Aufregungen des Rechtsstreits, durch die Verweigerung des geforderten Schadensersatzes erheblich gesteigert, so steht der nur mittelbar eingetretene Erfolg nicht notwendig in einem so entfernten Zusammenhange mit dem ursprünglichen Ereignisse, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden könnte.

b) R. **10** Nr. 1563 (Hamburg). Zu dem zu erstattenden Schaden gehören auch die Kosten eines Vorprozesses, selbst wenn dieser deshalb erfolglos war, weil der in Anspruch Genommene nicht für den Schaden haftet. Voraussetzung ist jedoch, daß nach Lage des Falles unter Berücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Kläger auf Grund des schadenstiftenden Ereignisses die Haftung des ersten Beklagten als begründet annehmen konnte.

7. Verhältnis zum Vertragsrechte.

a) **RG.** R. **10** Nr. 1944. Wer einem anderen gegenüber vertraglich an dessen Stelle die Erfüllung von Obliegenheiten übernimmt, deren Vernachlässigung Gefahren für andere zu erzeugen geeignet ist — Bestreuung der Straße bei Winterglätte —, macht sich durch schuldhafte Nichterfüllung der Vertragspflicht selbst einer unerlaubten Handlung schuldig.

b) OLG. **20** 278, R. **10** Nr. 898 (Cassel). Stellt der einer Person durch das Verschulden eines anderen zugestoßene Unfall sich nicht nur als eine gewöhnliche Vertragsverletzung des anderen, sondern zugleich als die Verletzung der zugunsten des von dem Unfalle Betroffenen bestehenden Schutzgesetze des § 618 BGB. und des § 120 a GewO. dar, so ist der Anspruch auf Schmerzensgeld gerechtfertigt.

c) **RG.** R. **10** Nr. 3916. Soweit die vertragsmäßige Haftung auf eine schwerere Schuldart beschränkt ist, ergreift diese Beschränkung auch den Deliktsanspruch, der einer Vertragspartei zusteht.

8. Gerichtsstand.

a) SächsRpflA. **10** 12 (Dresden). Für Klagen auf Widerruf einer unrichtigen Auskunft ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben.

b) **RG. 72** 41. Für eine Klage aus einer unerlaubten Handlung, die sich aus mehreren, in verschiedenen Gerichtsbezirken verübten Handlungen zusammensetzt, ist die Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk eine oder einige der Einzelhandlungen begangen sind, nicht gemäß § 32 ZPO. begründet.

9. Übergangsbestimmungen.

RG. JW. **10** 109. Vor dem 1. Januar 1900 begangene Pflichtwidrigkeiten, deren Erfolg sich erst nach dem Rechnungsabschluß einer Genossenschaft für das Jahr 1901 herausstellt, sind nach neuem Rechte zu beurteilen.

§ 823. I. Abs. 1.

1. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 175 ff. Über die Staatsgewalt als Werkzeug unerlaubter Handlungen. Grundsätzlich ist die Schadensersatzklage nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Schädigende zur Herbeiführung seiner widerrechtlichen Zwecke sich eines (etwa über den Sachverhalt nicht aufgeklärten) staatlichen Organs bedient hat. Der Staatsakt als solcher ist für die Gerichte allerdings unanfechtbar (etwa die irrtümliche Verhaftung), hat aber in privatrechtlicher Hinsicht nur abstrakte Bedeutung und hindert die Gerichte nicht, ihn als Mittel eines unerlaubten Zweckes zu behandeln. — Über die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten vgl. zu § 322 ZPO.

2. SeuffBl. **10** 721 (Nürnberg). Kläger ist von einem Geschütze beim Manövrieren angefahren worden. Abweisung der Klage gegen den Militärfiskus. (Ausübung der öffentlichen Gewalt.)

3. Haftung eines Vertreters. (S. unten § 826.)

*Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung (vgl. zu §§ 677, 687, 812, 816, 824, 826). Wer auftraglos in fremdem Namen für eigene Rechnung ein Rechtsgeschäft abschließt, haftet nach § 823 BGB. für den durch sein Auftreten dem Vertretenen erwachsenen Schaden. Dabei kann auch § 824 unter Umständen in Betracht kommen. Konnte der falsus procurator den dem Vertretenen erwachsenen Schaden voraussehen und hat er ihn in Kauf genommen, so kann auch § 826 eingreifen (46).

4. Körperverletzung (JDR. **8** § 823 Ziff. 4; **7** Ziff. 2; **6** Ziff. 1; **5** Ziff. 2; **4** Ziff. 4; **2** Ziff. 3; **1** Ziff. 5).

a) HansGZ. **10** Beibl. 68, R. **10** Nr. 507 (Hamburg). Schadensersatzanspruch des Vertreters eines neugeborenen Kindes gegen die Hebamme, weil diese eine Augenentzündung nicht angezeigt und Zuziehung eines Arztes veranlaßt hat — Klagabweisung (s. unten Abs. 2 Ziff. 5 **b**).

b) **RG.** BadRpr. **10** 131. Fahrlässige Körperverletzung durch Umfallen eines ungesichert aufgestellten Abschlußrechens einer Badeanstalt infolge Sturmes. Einholung der Auskunft einer meteorologischen Station kann nicht von Amts wegen geschehen.

c) Züchtigungsrecht. Diefenbach kommt zu dem Ergebnis, daß — von wenigen Ausnahmefällen abgesehen — den Pflegeeltern und Anstaltsleitern immer ein Züchtigungsrecht gegen ihre Pflegekinder und Zöglinge zusteht, mögen die Kinder von den Eltern oder Vormündern, oder vom Vormundschaftsgerichte nach § 1666 BGB., oder vom Staate auf Grund der Zwangserziehungsgesetze, oder von den Armenverwaltungen den Pflegeeltern oder Anstalten übergeben worden sein. In den wenigen Ausnahmefällen, wenn nämlich das Kind auf keine der erwähnten Arten in die Hände der Pflegeeltern gekommen ist, berechtigen aber die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Notwehr und des Bürgerlicheu Gesetzbuchs über Selbsthilfe die Pflegeeltern gleichfalls, Ungezogenheiten der Pflegekinder ihnen oder Dritten gegenüber mit dem Mittel körperlicher Züchtigung entgegenzutreten.

5. Eigentum (JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 5; **7** Ziff. 3; **6** Ziff. 2; **5** Ziff. 4; **4** Ziff. 6; **3** Ziff. 5; **2** Ziff. 4; **1** Ziff. 7).

a) **RG.** JW. **10** 330. Schadensersatzklage wegen Einwirkung auf das Grundstück des Klägers gegen einen Bauunternehmer, der auf dem Nachbargrundstück einen

Neubau ausführt und bei der Grundlegung hierzu durch Arbeiten (Rammen und Grundwasserauspumpen) das Grundstück des Klägers unbewohnbar gemacht hat.

b) R. **10** Nr. 2821 (Rostock). Wenn der in Vermögensverfall geratene Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks dieses durch Veräußerung und Fortschaffung des darauf befindlichen lebenden und toten Inventars entblößt (sogen. kaltes Abbrennen, Ausschlachten), so erstreckt sich der Schadensersatzanspruch der Hypothekengläubiger wegen Minderung des Haftungsobjekts auch auf das zum Verkauf aufgezogene Vieh, dessen Veräußerung nicht innerhalb der Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft erfolgt ist.

c) **RG.** SeuffA. **65** 397. Schadensersatzansprüche ohne Verschulden wegen einer im öffentlichen Interesse zu duldenden Eigentumsverletzung.

6. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (JDR. **8** 6; **7** Ziff. 4; **6** Ziff. 3; **5** Ziff. 5; **4** Ziff. 6; **3** Ziff. 6; **2** Ziff. 5; **1** Ziff. 7 b).

RG. LeipzZ. **10** 80 = JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 (JW. **09** 684).

7. Sonstiges Recht (JDR. **8** Ziff. 7; **7** Ziff. 6; **6** Ziff. 4; **5** Ziff. 6; **4** Ziff. 8; **3** Ziff. 7; **2** Ziff. 6; **1** Ziff. 8).

a) MecklZ. **28** 181 (Rostock). Schadensersatzanspruch des in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Grundschuldgläubigers wegen Entfernung von Grundstücksbestandteilen vor der Beschlagnahme. Die Grundschuld gehört zu den „sonstigen Rechten" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Rechtswidrig ist die Wegnahme von Gebäudebestandteilen jedenfalls dann, wenn der Eigentümer des Gebäudes nicht damit einverstanden ist, ohne daß es darauf ankommt, ob der Täter das Bewußtsein ihrer Widerrechtlichkeit gehabt, insbesondere ob er irrtümlich angenommen hat, daß der Eigentümer einverstanden ist.

b) α. **RG.** JW. **10** 120 (122). Ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Gewerbes ist ein Rechtsgut, dessen Verletzung negatorische Abwehr begründen kann. Eingriff in dieses Rechtsgut durch unbefugten Gebrauch der Firma. Ebenso **RG. 73** 107.

β. R. **10** Nr. 1376 (Hamburg). Das Recht auf den freien Gewerbebetrieb fällt, wenn es sich um einen schon eingerichteten selbständigen Gewerbebetrieb handelt, unter die hier geschützten Rechtsgüter; aber ein Eingriff in einen solchen Gewerbebetrieb macht nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er sich unmittelbar gegen ihn richtet. Wenn eine Medizinalbehörde vor dem Gebrauch eines Waschmittels wegen dessen Gefährlichkeit warnt, so ist das kein unmittelbarer Eingriff in die gewerbliche Tätigkeit des Fabrikanten des Mittels; vielmehr kann die Schädigung des letzteren nur darin bestehen, daß durch die Warnung Dritte vom Ankauf abgehalten werden, und das genügt nicht zur Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB.

c) α. SeuffA. **65** 99 (Rostock). Zu den „sonstigen Rechten" gehört das dingliche Recht des Hypotheken- und Grundschuldgläubigers an dem belasteten Grundstücke. Durch Wegschaffung von Bestandteilen des belasteten Grundstücks (einer eingebauten Maschine) wird das Recht des Hypothekengläubigers verletzt.

β. DJZ. **10** 89 (Dresden). Schadensersatzforderung eines bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothekengläubigers gegen Personen, welche Grundstücksbestandteile aus dem Grundstücke haben herausreißen und wegnehmen lassen. Darin sei eine Verletzung des dinglichen Rechtes des Hypothekengkäubigers enthalten.

γ. OLG. **20** 280 (Hamburg). Zu den nach § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgütern gehört auch der Pfandbesitz des Vermieters.

e) Lobe, UnlW. **9** 327, erörtert die Frage: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach der neueren Rechtsprechung des RG.

f) Goldmann kommt zu folgendem Ergebnis: mögen sich vielleicht auch Härten im einzelnen Falle nicht ganz vermeiden lassen, so kann doch der Forderungsgläubiger wegen Beeinträchtigung seines Rechtes durch Dritte gegen diese

Personen nur dann Entschädigungsansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB. erheben, wenn ein Nichtberechtigter dem Gläubiger gegenüber wirksam über dessen Forderung verfügt. Eine klare Erkenntnis der Gründe aber, warum gerade diese Fälle eine besondere Behandlung erheischen, erweist sich als notwendig, um begrifflichen Verwirrungen über das Wesen des Forderungsrechts vorzubeugen und den damit zusammenhängenden Versuchen, Forderungsrechtsverletzungen auch in Fällen zu konstruieren, in denen sie nach dem Rechte des BGB. undenkbar sind.

d) **RG.** SeuffBl. **10** 109, NaumburgAK. **10** 28 s. JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 g α.

8. Einzelne Fälle (JDR. 8 § 823 Abs. 1 Ziff. 8; **7** Ziff. 7; **6** Ziff. 5; **5** Ziff. 7; **4** Ziff. 9; **3** Ziff. 9; **2** Ziff. 7; **1** Ziff. 9).

a) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (s. JDR. **8** Ziff. 8a; **7** Ziff. 7a; **6** Ziff. 5c; **4** Ziff. 9c; **3** Ziff. 9c; **2** Ziff. 7c; **1** Ziff. 9d).

α. SchlHolstAnz. **10** 358 (Kiel). Die Gemeinde, die den Verkehr über eine öffentliche Straße gestattet, ist verpflichtet, für die Anbringung der erforderlichen Sicherungsmaßregeln in dem Umfange, wie sie von dem den Weg Passierenden üblicherweise erwartet werden kann, zu sorgen. Abgrenzung des Fahrdamms vom Fußsteige durch Setzen von Pfählen. Verschulden des Kutschers, der nachts mit seinem Wagen gegen einen dieser Pfähle anfährt und dabei selbst verletzt wird.

β. **RG.** R. **10** Nr. 3917. Wer zur Unterhaltung eines nur beschränktem Verkehre dienenden, nur von Ortskundigen und Ortseinwohnern zur Abkürzung benutzten, abschüssigen Waldwegs verpflichtet ist, der Steingeröll aufweist, Neigung zur Rinnenbildung hat und bei welchem gelegentlich Wurzeln über den Weg wachsen, genügt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wenn er den Weg von Zeit zu Zeit nachsehen und in einen gangbaren Zustand versetzen läßt. Eine unausgesetzte Überwachung zum Zwecke der Beseitigung jedes auf dem Wege sich bildenden Hindernisses kann bei derartigen, über waldigen und steinigen Boden führenden abschüssigen Fußwegen dem Unterhaltungspflichtigen billigerweise nicht zugemutet werden.

γ. SchlHolstAnz. **10** 170 (Kiel). Wenn eine Stadtgemeinde eine Brücke errichtet und gegen Entrichtung eines Brückengeldes dem Verkehr übergibt, so entsteht dadurch eine vertragliche Verpflichtung der Stadt gegenüber den Passanten nicht. Haftung der Stadt für den ordnungsmäßigen Zustand der Brücke.

δ. **RG.** R. **10** Nr. 2534. Wer eine unfertige Straße zum Fahren benutzt, hat die Folgen, die sich aus Fahrtzufällen (Loslösen der Deichsel) in Verbindung mit Mängeln der Straße ergeben, auf seine Gefahr zu nehmen.

ε. **RG.** FischersZ. **37** 375. Der Eisenbahnunternehmer haftet für den durch mangelhafte Unterhaltung herbeigeführten Unfall auf einem von ihm angelegten Wege dann nicht, wenn dieser Weg keinen Teil der Bahnanlage bildet und ein öffentlicher geworden ist.

ζ. **RG.** HansGZ. **10** 39. Haftung des hamburgischen Staates für ordnungsmäßige Instandhaltung des Straßenpflasters längs des Kais.

η. **RG.** R. **10** Nr. 2819. Der Straßenverkehr muß auch mit unbesonnenen, unvorsichtigen, betrunkenen Menschen rechnen; auch diesen gegenüber müssen sehr gefährliche Stellen, selbst wenn sie an abgelegener Straße liegen, genügend abgeschlossen werden.

b) Haftung der Hauseigentümer, Vermieter, Gastwirte (JDR. **8** Ziff. 7, Ziff. 8b; **7** Ziff. 7b; **6** Ziff. 5d; **5** Ziff. 7e; **4** Ziff. 9d; **3** Ziff. 9d; **2** Ziff. c γ; **1** Ziff. 9e).

α. SchlHolstAnz. **10** 306 (Kiel). Haftung des Hausbesitzers für den Schaden, der durch den gefährlichen Zustand eines in der Straße vor seinem Hause angebrachten Abkratzrostes herbeigeführt ist. Ein konkurrierendes Verschulden des Passanten liegt darin noch nicht, daß er nicht unablässig auf die durch die Glätte des Rostes bestehende Gefahr achtet, auch wenn das Vorhandensein des Rostes ihm bekannt ist. Der Anspruch auf Schadensersatz wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verletzte

schon auf Grund einer von ihm freiwillig eingegangenen Versicherung Entschädigung erhalten hat.

β. **RG.** R. **10** Nr. 3918. Ist ein Haus durch eine Zugangsbrücke, die über einen das Haus von der Straße abschneidenden Graben führt, mit der Straße verbunden, so haftet für die Verkehrssicherheit der Brücke der Hauseigentümer.

γ. **RG.** R. **10** Nr. 3919. Wenn eine Polizeiverordnung vorschreibt, daß die Trottoirrinne derart zu bedecken ist, daß sie sich nicht verschiebt, so kann der Hauseigentümer sich von der Verantwortung nicht dadurch befreien, daß er darlegt, die Abdecknug der Rinne entspreche zwar nicht der Vorschrift, genüge aber, da sie auch ohne Befestigung genügend sicher liege, dem Verkehrserforderlichen im Sinne des § 276 BGB., — er habe zwar jene übertreten, aber doch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht außer acht gelassen.

δ. **RG.** R. **10** Nr. 510. Der durch eine aus einem vermieteten Hause herabfallende Fensterscheibe verletzte Straßenpassant kann seinen Schadensanspruch dem Hauseigentümer gegenüber nicht darauf stützen, daß dieser nach § 536 BGB. vertraglich verpflichtet gewesen sei, zur Vermeidung des Zuschlagens der Fenster geeignete Vorrichtungen zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung des Vermieters aus § 536 ist an sich nur eine obligatorische, im Verhältnisse des Kontrahenten zueinander begründete. Dritte können ohne weiteres nicht Rechte aus einer etwaigen vertragswidrigen Unterlassung des Vermieters herleiten.

ε. **RG.** R. **10** Nr. 1565. Die Reinigung der Treppen braucht nicht sofort morgens mit dem Verkehrsbeginne bewirkt zu werden. Insbesondere darf die Reinigung innerhäuslicher Treppen hinter anderen dringlichen Morgenarbeiten zurückstehen.

ζ. **RG.** JW. **10** 1003, R. **10** Nr. 3915 a. Für den der Ehefrau eines Mieters infolge Schadhaftigkeit einer Bodentreppe zugestoßenen Unfall haftet der Vermieter nicht aus dem mit dem Ehemanne geschlossenen Mietvertrage, sondern nach § 823 BGB. Denn da der Mieter die Mieträume und die dem Mieter zur Mitbenutzung überlassenen Einrichtungen dem Mieter nicht lediglich für seine Person, sondern auch für seine Familie, Dienstboten und sonstigen Angehörigen seines Hausstandes zur Benutzung einräumt, so hat er für deren gefahrlosen Zustand diesen nicht mit ihm in einem Vertragsverhältnisse stehenden Personen ebenso einzustehen, wie er für den verkehrssicheren Zustand der dem allgemeinen Verkehr eröffneten Räume jedem Dritten haftbar ist. Die Ehefrau kann deshalb auch Schmerzensgeld verlangen.

η. * Fürst, LeipzZ. **10** 178 ff. Die Haftung der Gewerbetreibenden (Gastwirte) für den Zustand ihrer dem Publikum zur Verfügung gestellten Lokalitäten wird durch einseitiges Rechtsgeschäft des Besuchers begründet; auf sie finden deshalb nach BGB. § 305 auch die Grundsätze über vertragsmäßige Haftung Anwendung. S. bei § 305 Ziff. 3 a.

Dagegen Tume. Mit der Bereitstellung der Lokalitäten begründet der Wirt nur ein Recht, er verändert den Zustand des positiven Rechtes, schafft wenigstens die Bedingung dazu. Weitere Verpflichtungen gehen aber aus seiner Erklärung nicht hervor. Daher kann es auch keinen Anspruch auf Erfüllung einer Verpflichtung des Wirtes geben; denn der Wirt hat sich zu nichts verpflichtet, außer dem, was er schon geleistet hat. Die tatsächliche Bereitstellung von Lokalitäten ist aber eine Handlung des Wirtes, durch welche er mit anderen Menschen in tatsächliche Beziehungen tritt. Diese Handlung unterliegt dem allgemeinen Gebote der Sorgfalt, welches das Recht der unerlaubten Handlungen beherrscht, und Verletzungen dieser Sorgfalt verpflichten ihn zum Schadensersatze nach den §§ 823 ff. BGB. Dieser Schadensersatzanspruch ist aber nicht ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern ein Schadensersatz wegen Nichtbeobachtung der im Verkehr erforderlichen und durch das Gesetz vorgeschriebenen Sorgfalt.

ϑ. **RG.** R. **10** Nr. 4080. Ein zum Betriebe der Gastwirtschaft dienender Garten wird nicht nur von den Gästen und sonstigen mit dem Wirte in einem Vertragsverhältnisse stehenden Personen, sondern gelegentlich auch von anderen Personen, z. B. solchen, welche Gäste abholen wollen, erlaubterweise besucht. Auch diesen Personen gegenüber ist der Gastwirt verpflichtet, den Garten ebenso wie sonstige in weiterem Umfange zugängliche Räume seiner Schankwirtschaft in verkehrssicherem Zustande zu erhalten. Verletzt er diese Pflicht, so haftet er auch den Gästen gegenüber neben der durch den Vertrag begründeten Verantwortlichkeit auch aus § 823 BGB. Ausgeschlossen ist der Anspruch aus unerlaubter Handlung und demnach auch der Anspruch auf Gewährung eines Schmerzensgeldes nur bei solchen Unfällen, die sich in Räumen ereignen, die zum ausschließlichen Gebrauche der Gäste — oder sonstiger in einem Vertragsverhältnisse zum Wirte stehender Personen — bestimmt sind, hinsichtlich deren also eine Verpflichtung des Wirtes, diese Räume in gefahrfreiem Zustande zu erhalten, nur durch das entstandene Vertragsverhältnis begründet wird.

ι. HessRspr. **10** 161 (Darmstadt). Dem Wirte liegt die Verpflichtung ob, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, welche die Sicherheit des Verkehrs in seinen Wirtschaftsräumen und die Verhütung von Beschädigung seiner Gäste gewährleisten. Die in diesem Sinne vorzunehmenden Maßnahmen haben sich auf alle den Besuchern zugänglichen, mit dem Wirtschaftsbetrieb auch nur in loser Verbindung stehenden Einrichtungen und Räume zu erstrecken. Dazu gehören nicht allein die den Gästen zur Verfügung stehenden und für sie bestimmten Räumlichkeiten, sondern auch vor allem die Zugänge zu diesen, und auch darauf ist nach der Natur der Sache Bedacht zu nehmen, daß bei einer etwaigen naheliegenden Abweichung von der ordnungsmäßigen Benutzung der Räume und Vorrichtungen nicht leicht Schaden erwachsen kann.

κ. **RG.** R. **10** Nr. 2531. An ländliche Gastwirtschaften können für Beleuchtung und Sicherheitseinrichtungen (Treppen) nicht die strengeren Anforderungen gestellt werden, die bei einem städtischen Gasthause gerechtfertigt sein mögen.

λ. **RG.** JW. **10** 65, BayRpflZ. **10** 134. Ein Wirt hat nicht schlechthin dafür einzustehen, daß der als Ab- und Zugang zu der Wirtschaft dienende Weg jederzeit frei von Eisglätte ist, vielmehr ist er nur gehalten, zur Abwehr der aus etwaiger Glätte seinen Bewohnern drohenden Gefahr und der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt tätig zu sein. Das Nichtstreuen muß sich als eine Verletzung der im Verkehre gebotenen Sorgfalt darstellen.

μ. NaumburgAK. **10** 80 (LG. Magdeburg). Über die Haftpflicht des Gastwirts für Gefahrlosigkeit der Zugänge zu seinem Lokale.

ν. BadRpr. **10** 13 (Karlsruhe). Verpflichtung des Gast- bzw. Schankwirts, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die einen gefahrlosen Aufenthalt in seiner Wirtschaft gewährleisten.

ξ. **RG.** JW. **10** 333. Haftung des Mieters und des Hauswirts für einen Unfall, der durch einen im Hofraume gelegenen Kellerhals sich ereignet.

ο. **RG.** R. **10** Nr. 3760. Ein Gastwirt haftet, wenn er auf seinem Hofe, auf dem ein regelmäßiger Verkehr stattfindet, eine Kellertreppe nur mit einer 41 cm hohen Umfassungsmauer versehen läßt.

π. **RG.** JW. **10** 112. Ein Gastwirt ist nur seinen Gästen, nicht beliebigen dritten Personen gegenüber verpflichtet, das Pissoir gefahrlos zugänglich zu machen.

ρ. **RG.** NaumburgAK. **10** 89, R. **10** Nr. 2540. Das Pissoir einer Wirtschaft und der Vorraum dazu sind nicht Räume, welche der Wirt dem allgemeinen Verkehr eröffnet hat, sondern nur bestimmt für Personen, welche als Gäste oder sonst im Betriebe der Wirtschaft mit dem Wirte in ein Vertragsverhältnis traten. Bei einem Unfall infolge mangelhafter Beschaffenheit dieser Räume tritt daher keine außervertragliche, sondern höchstens eine vertragliche Haftung ein, so daß Ansprüche auf ein sog. Schmerzensgeld ausgeschlossen sind.

ς. **RG.** BayRpflZ. **10** 334. Haftung des Inhabers einer öffentlichen Vergnügungsanlage für Schäden, die den Besuchern infolge mangelhafter baulicher Beschaffenheit der Anlage zustoßen. Vorliegend verneint, weil der Inhaber durch Sachverständige den Bau hat ausführen lassen.

τ. **RG.** LeipzZ. **10** 143, R. **10** Nr. 62 und 66. Es entspricht nicht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, in einem Verkaufslokal, in welchem Leute aller Stände zu verkehren pflegen, eine solche Glätte herstellen zu lassen oder zu dulden (bohnern), daß sie eine ernste Gefahr mit sich bringt. Der Inhaber des Lokals kann sich nicht durch Berufung auf seinen Geschäftsführer entlasten.

υ. **RG.** R. **10** Nr. 1568. Daß an der Anlage, welche den Anlaß zu einem Unfalle gegeben hat, — Fußkratzer vor einem Bahnhofsgebäude —, auch früher bereits Unfälle vorgekommen sind, ist für die Annahme eines Verschuldens des für die Anlage Verantwortlichen nur dann erheblich, wenn die früheren Vorkommnisse eine besondere Gefährlichkeit der Anlage haben erkennen lassen und damit Anlaß zur Abhilfe gegeben war.

φ. **RG.** R. **10** Nr. 2537. Wegen des von einem Mieter bewirkten Offenstehens der Kellerluke im Hausflure kann der Hausbesitzer nicht aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 367 RStGB., sondern nur aus § 823 Abs. 1 verantwortlich gemacht werden.

χ. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 14 f. JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 b τ αα (3/9).

c) Beleuchtungspflicht (JDR. **8** § 823 Ziff. 8 c; **7** Ziff. 7 c).

α. SächsOLG. **31** 371 (Dresden). Haftung des Hauseigentümers wegen mangelhafter Beleuchtung einer Treppe.

β. **RG.** R. **10** Nr. 3761. In einem kleinen Bade wie Juist braucht nach 11 Uhr keine Hoflaterne mehr zu brennen.

d) Streupflicht (JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 d, **7** Ziff. 7 d; **6** Ziff. 5 e; **5** Ziff. 7 f; **4** Ziff. 9 e; **3** Ziff. 9 c; **2** Ziff. 7 e; **1** Ziff. 9 f).

α. **RG.** R. **10** Nr. 509. Wenn einem Grundstücksbesitzer kraft öffentlichen Rechtes die Fürsorge dafür auferlegt ist, daß der an seinem Grundstücke hinlaufende Bürgersteig in der Winterszeit gefahrlos begangen werden kann, so betätigt er die für die Erfüllung der ihm insoweit obliegenden Verpflichtung erforderliche Sorgfalt nicht schon dadurch, daß er mit der Vornahme der dazu nötigen Arbeiten eine Person beauftragt, die er zur Zeit der Auftragserteilung als hierzu geeignet ansehen darf, er muß sich vielmehr, da es sich um dauernde Leistungen dieser Person handelt, in den Stand setzen, beurteilen zu können, ob sie sich auch dauernd bei der Erfüllung der ihr gestellten Aufgabe als umsichtig und zuverlässig bewährt.

β. BreslauAK. **10** 27 (Breslau). Die Pflicht, für die Sicherung des Verkehrs in einem Hause zu sorgen, also auch die Streupflicht bei Glätte, hat ihren Grund nicht im Eigentume, sondern in der Verfügungsmacht des Hausinhabers über das Haus und den in ihm stattfindenden Verkehr (**RG. 54** 56, ferner JW. **05** 80 Nr. 20). Wenn hiernach der Eigentümer sein Haus im ganzen oder einen der Benutzung der übrigen Mieter entzogenen Teil desselben einem anderen vermietet, so fallen nicht ihm, sondern dem Mieter, dem die Macht über das Haus oder den Hausteil und die Verfügung über den Verkehr in demselben übertragen ist, die besonderen Vorkehrungen zu, die zur Sicherung dieses Verkehrs erforderlich sind. (Vgl. **RG. 68** 162.)

γ. R. **10** Nr. 3765 (Jena). Der Hausbesitzer haftet nicht für den durch Nichterfüllung ortsstatutarischer Streupflicht hervorgerufenen Schaden, wenn er seiner Frau das Streuen überlassen, diese das Streuen sonst gut besorgt, im vorliegenden Falle aber einmal unterlassen hatte.

δ. HansGZ. **10** Beibl. 207 (Hamburg). Ein unaufhörliches Streuen bei anhaltendem Glatteise kann nicht verlangt werden.

ε. **RG.** R. **10** Nr. 1375. Der Gastwirt haftet nicht für unterlassenes Streuen, wenn das Streuen ganz wirkungslos bleiben mußte.

ζ. BadRpr. **10** 50 (Karlsruhe). Straßenreinigungs- und Streupflicht. Umstände, welche ein Verschulden, insbesondere auch Fahrlässigkeit, ausschließen.

η. HansGZ. **10** Beibl. 240 (Hamburg). Streupflicht besteht nur in angemessenen Zwischenräumen. Der mit regelmäßigem Streuen Beauftragte braucht nicht unausgesetzt nachzusehen, ob der Zustand auf der Straße nochmaliges Streuen erfordert.

ϑ. **RG.** R. **10** Nr. 1377. Hat ein Hausbesitzer die Pflicht, bei Eisglätte für rechtzeitige Bestreuung des Bürgersteigs vor seinem Hause zu sorgen, so kann er seine Haftbarkeit bei einem Unfalle nicht ausnahmslos damit ausschließen, daß er seinem, wenn auch im allgemeinen zuverlässigen Dienstmädchen im allgemeinen für den Winter den Auftrag erteilt hat, zu streuen, sobald es nötig sei. Es kommt vielmehr immer auf die jeweiligen Verhältnisse an.

ι. **RG.** R. **10** Nr. 902. Der Hausbesitzer ist bei Übertragung seiner Streupflicht bei Eisglätte auf eine Straßenreinigungsanstalt, auch wenn diese beim Publikum schon gut eingeführt ist, verpflichtet, sich darüber zu vergewissern, wie oft und wie bald bei eintretendem Bedürfnisse die Anstalt streuen wird.

κ. **RG.** R. **10** Nr. 3763. Die Bildung einer Streupflichtobservanz setzt nicht voraus, daß die Anlieger sich genaue Rechenschaft über den Grund des Streuens geben. Es genügt das Gefühl der Rechtspflicht.

λ. Streupflicht der Behörden, Stadt- und Dorfgemeinden.

αα. **RG.** EisenbE. **26** 445, R. **10** Nr. 1566. Nur die Verkehrseröffnung auf einem Wege verpflichtet zum Streuen bei Eisglätte, nicht dagegen die bloße Duldung eines Verkehrs oder auch die Freigabe des Weges für den öffentlichen Verkehr, selbst wenn der Besitzer den Verkehr durch Beschüttung des Weges mit Schlacken erleichtert.

ββ. **RG.** JW. **10** 468, BayRpflZ. **10** 196. Über die Streupflicht einer Behörde (Post) in einer kleinen Landstadt bei Glatteis. Entschuldigungsbeweis: in einer kleinen Landstadt kann von der Post nicht verlangt werden, daß sie eigens eine Person anstelle, die die Treppen und Zugänge zu den Schaltern ständig von Schnee und Eis freihält. Es genügt, wenn bei Schneewetter und Frost diese Zugänge in angemessenen, nicht zu langen Zwischenräumen einer Nachschau unterzogen und, soweit erforderlich, gereinigt und bestreut werden. Der Post ist ferner wie einem anderen Gewerbetreibenden, zu dessen Geschäftsräumen ein lebhafter Verkehr stattfindet, nach Eintritt von Schnee- und Eisglätte eine entsprechende Frist zu vergönnen, innerhalb deren sie die Glätte beseitige.

γγ. **RG.** R. **10** Nr. 502. Wer bei Eisglätte durch Hinfallen auf einer städtischen Straße einen Unfall erlitten hat und dieserhalb die Stadtgemeinde in Anspruch nimmt, hat seiner Beweispflicht genügt, wenn er dartut, daß der gefährliche Zustand der Straße mehrere Tage vor dem Unfall unter den Augen der städtischen Behörden angedauert hat und daß von ihnen trotz Anzeige bei der Polizei zur Herstellung eines verkehrsicheren Pfades nichts geschehen ist. Sache der Beklagten ist es dann, sich zu entlasten.

δδ. **RG.** JW. **10** 618. Eine Stadtgemeinde ist verpflichtet, die Bürgersteige und Straßenübergänge der städtischen Straßen und Plätze bei Glatteis oder Schneeglätte für Fußgänger in einem verkehrsicheren Zustande zu erhalten (vgl. **RG. 54** 53; WarnE. **08** Nr. 47, **09** Nr. 264); darüber hinaus kann eine solche Verpflichtung angenommen werden bei nicht angebauten Wegen, wenn sie notwendige Verbindung von Teilen der Stadt miteinander darstellen (**RG.** WarnE. **08** Nr. 373).

εε. **RG.** EisenbE. **26** 397. Haftung des Fiskus für einen durch die gefährliche Glätte im Regierungsgebäude hervorgerufenen Unfall.

ζζ. **RG.** JW. **10** 333. Eine Verpflichtung der Polizeibeamten, bei Winterglätte die Streupflichtigen an die Erfüllung dieser Pflicht zu erinnern, ist im allgemeinen nicht gegeben. Nur wo es sich um einen Notstand, um eine unmittelbar drohende Gefahr handelt oder um ein Verkehrshindernis von längerer Dauer, das den Polizeiorganen nicht entgangen ist oder bei pflichtmäßiger Überwachung des Straßenverkehrs nicht entgangen sein konnte, würde von einer Verletzung der ihnen obliegenden Überwachungspflicht die Rede sein können, wenn sie nicht sofort die Säumigen zur Beseitigung des Verkehrshindernisses auffordern.

ηη. **RG.** R. **10** Nr. 2991. Ein Hinausschieben der Streupflicht seitens der Stadtverwaltung bis zur völligen Bebauung der Straßen verkennt rechtlich den Begriff der Verkehrseröffnung.

ϑϑ. SeuffA. **65** 395 (Bamberg). Keine Streupflicht kleiner Dorfgemeinden auf einem Wege, insbesondere dann, wenn auf dem Wege ein irgendwie erheblicher Verkehr nicht stattzufinden pflegt.

ιι. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 977, BayRpflZ. **10** 134, R. **10** Nr. 690. Die Beauftragung eines zuverlässigen Straßenreinigungsinstituts entlastet den streupflichtigen Hausbesitzer nicht ohne weiteres.

κκ. **RG.** BayRpflZ. **10** 283, LeipzZ. **10** 464, R. **10** Nr. 1943. Kirchengemeinden sind verpflichtet, dafür zu sorgen, daß vor Beginn eines Gottesdienstes, auch eines Frühgottesdienstes, der Zugang zur Kirche sich in einem verkehrssicheren Zustande befindet (JW. **09** 218 Nr. 5, R. **09** Nr. 3063). Erforderlich ist allerdings, daß zu dem einzelnen Gottesdienst ein nennenswerter Verkehr, der aber ein erheblicher nicht zu sein braucht, stattfindet. Hiernach kann sich für die Kirchengemeinde die Verpflichtung ergeben, bei Winterglätte schon vor Beginn des allgemeinen Straßenverkehrs die Zugänge zur Kirche mit abstumpfendem Material bestreuen zu lassen.

e) Einzelne Fälle zu a—d.

α. **RG.** R. **10** Nr. 2362. Wer auf einer Gemeindestraße in der Dunkelheit an einer Wegebiegung einen nicht ordnungsmäßig verwahrten Abhang hinunterstürzt, kann die Gemeinde für den ihm entstandenen Schaden haftbar machen. Es darf ihm nicht entgegengehalten werden, daß ihm der Weg wie auch der Abhang an der Wegebiegung bekannt gewesen sei.

β. **RG.** PosMSchr. **10** 5, R. **10** Nr. 503. Der Wohnungsinhaber ist nicht verpflichtet, dämmerige Flure innerhalb einer Wohnung zu beleuchten, solange dort nur Personen zu verkehren haben, die mit der Örtlichkeit bekannt sind.

γ. **RG.** R. **10** Nr. 2990. Die Frage der Rechtsgültigkeit von Polizeiverordnungen über die Straßenreinigung, wenn sie nicht ihre rechtliche Grundlage in bestehenden Observanzen oder Ortsstatuten finden, ist bereits wiederholt Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen, so daß eine Stadtgemeinde sich nicht auf eine Unkenntnis der gegen die Gültigkeit derartiger Polizeiverordnungen bestehenden rechtlichen Bedenken berufen kann.

δ. OLG. **20** 277, SeuffA. **65** 353, R. **10** Nr. 1733 (Rostock). Ein Schadensersatzanspruch wegen eines Unfalls, den ein Volksschüler auf einer zu der Schule führenden Treppe erlitten hat, kann gegen die Gemeinde nur nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen, nicht auf Grund eines sogenannten Schulvertrags geltend gemacht werden.

ε. R. **10** Nr. 3491 (Dresden). Die Stadtgemeinde haftet, wenn durch Zusammenbruch einer seit drei Monaten stehenden, nicht abgesperrten, an der Hauptverkehrsstraße liegenden Brandruine ein Vorübergehender verletzt wird.

f) Posthaftpflicht (JDR. **8** Ziff. 8e; **7** Ziff. 7c; **5** Ziff. 7h; **4** Ziff. 9g; **3** Ziff. 7g).

RG. R. **10** Nr. 689. Darin, daß eine Verwaltung die von ihr allgemein für ihren

Betrieb aufgestellten Unfallverhütungsvorschriften in einem einzelnen Falle nicht anwenden läßt, — die Postbehörde hatte bei der Spannung von Drähten über eine Straße den vom Reichspostamt erlassenen Unfallverhütungsvorschriften nicht entsprochen —, kann noch nicht ohne weiteres ein zum Schadensersatze verpflichtendes Verschulden gefunden werden.

g) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (JDR. 8 Ziff. 8f; **7** Ziff. 7f; **6** Ziff. 5h; **5** Ziff. 7c; **4** Ziff. 9h).

α. **RG.** WarnE. **10** 215, R. **10** Nr. 1946. Auch wenn die im § 831 genannte Leitung einer Verrichtung nicht in Frage steht, hat der Dienstherr eine Pflicht zur Anleitung und Anweisung des Angestellten. Diese Pflicht gehört ins Gebiet des § 823. Es handelt sich hierbei um Verpflichtungen, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit von dem Dienstherrn selbst nach Maßgabe von § 276 BGB. zu erfüllen sind.

β. Eisenbahnbetrieb.

αα. HansGZ. **10** Beibl. 85 (Hamburg). Eine Eisenbahn als Unternehmerin eines Bahnbetriebs ist nicht verpflichtet, für Einfriedigung des Bahnkörpers zu sorgen.

ββ. **RG.** R. **10** Nr. 3913. Bei der Besonderheit des Eisenbahnbetriebs genügt es nicht, wenn eine Überführungsbrücke hergestellt wird, die technisch korrekt ist, den allgemeinen baupolizeilichen Anforderungen entspricht und unter anderen Verhältnissen, bei denen nicht mit der Ansammlung von Rauch und den besonderen Eigentümlichkeiten der Bahnhofsbeleuchtung zu rechnen ist, für den Verkehr von Menschen völlig geeignet sein mag. Es muß dem Publikum ein gefahrloser Weg zur Verfügung gestellt werden.

γγ. **RG.** WarnE. **10** 58. Daß die Aufsichtsbehörde die Anbringung einer Schranke an einem Übergange nicht angeordnet hatte, entlastet den beklagten Bahnunternehmer dann nicht, wenn dessen Vertreter nach der örtlichen Lage des Überganges und den Verkehrsverhältnissen der den Schienenweg kreuzenden Straße selbst zu der Überzeugung gelangen mußte, daß eine solche Maßregel zur Sicherung des Verkehrs erforderlich sei.

δδ. R. **10** Nr. 893 (Hamburg). Ein Eisenbahnunternehmer kann nicht dafür schadensersatzpflichtig gemacht werden, daß Vieh den Bahnkörper betritt und von einem Zuge überfahren wird.

εε. SchlHolstAnz. **10** 2 (Kiel). Eine Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers, den Seiteneingang des Stationsgebäudes, der nur für die Familie und das Personal des Bahnhofswirts bestimmt ist, bei Dunkelheit zu beleuchten, ist nicht anzuerkennen.

γ. Straßenbahnbetrieb.

αα. **RG.** R. **10** Nr. 894. Hat ein Straßenbahnunternehmer entgegen der Vorschrift in der Genehmigungsurkunde, daß die vordere Plattform der Wagen auf beiden Seiten mit Verschlußtüren zu versehen sei, statt der Verschlußtüren den ihm zweckmäßig erscheinenden Verschluß mittels Kette angebracht und hat die Aufsichtsbehörde hierin nichts zu erinnern gefunden, so kann in der Nichtbefolgung der ursprünglichen Anordnung noch nicht ein Verschulden des Straßenbahnunternehmers gefunden werden.

ββ. **RG.** WarnE. **10** 287. Haftung des Unternehmers, wenn sich Straßenbahnwagen vom Depot selbsttätig oder infolge Eingreifens Dritter fortbewegen, wegen ungenügender Maßnahmen.

δ. Anlagen und Bauten von Stadtgemeinden.

αα. **RG.** R. **10** Nr. 2538. Eine Stadtgemeinde, welche Rieselfelder anlegt, hat dabei einen auf geologischem Gebiete erfahrenen Sachverständigen zuzuziehen. Unterläßt sie dies, so haftet sie für den den Nachbargrundstücken aus dem Rieselbetrieb entstehenden Schaden.

ββ. **RG.** R. **10** Nr. 896. Der Bauleiter, dem die nächtliche Beleuchtung von Straßenaufgrabungen obliegt, muß für das Vorhandensein einer genügenden Anzahl

Laternen sorgen, wenn er nicht gewiß weiß, daß die Gräben bis zur Dunkelheit zugeworfen werden. Dabei muß er prüfen, ob die vorher in den Gräben auszuführenden Arbeiten so frühzeitig fertiggestellt werden können, daß das Zuwerfen der Gräben mit Sicherheit bis zur Dunkelheit erfolgen kann.

ε. **RG.** R. **10** Nr. 1564. Wenn der bei Unterpflasterungsarbeiten verwendete Hartbasalt so beschaffen ist, daß beim Bearbeiten sehr häufig Steinsplitter mit großer Gewalt abspringen, so ist die Anordnung von Schutzmaßregeln, wie die Aufstellung von Schirmen, die während der Steinbearbeitung aufgestellt und mit dem räumlichen Fortschreiten der Arbeiten weiter gerückt werden, geboten.

ζ. Bauunternehmer.

αα. **RG.** HessRspr. **11** 81. Dem Bauunternehmer können keine besonderen kostspieligen Maßnahmen angesonnen werden, um spiellustige, fremde Kinder vor den Folgen ihrer Keckheit und ihres Unverstandes zu bewahren. Er darf vielmehr damit rechnen, daß die Eltern ihre Kinder durch ausreichende Beaufsichtigung und Unterweisung von dem Spielen an Orten, die ihnen Gefahr bringen können, so namentlich an Baustellen, abhalten.

ββ. **RG.** R. **10** Nr. 3494. Ein Bauunternehmer darf die Überwachung der Bauarbeiten nicht unterschiedslos seinem, wenn auch sorgfältig ausgewählten und gut unterrichteten Polier überlassen. Er handelt vielmehr fahrlässig, wenn er bei besonders gefährlichen Arbeiten — das Fundament einer Giebelmauer war auf eine ungewöhnliche Länge freigelegt worden — nicht selbst die notwendigen Sicherungsmaßregeln trifft.

γγ. **RG.** R. **10** Nr. 3762. Wenn eine gefährliche Arbeit (Umwerfen einer Mauer) nur bei Aufbietung aller möglichen Vorsicht noch zulässig ist, braucht der Geschädigte nicht darzutun, worin das Verschulden des Beklagten bestehen soll, vielmehr ist es Sache des Beklagten, darzulegen, was für Maßregeln dieser Art er getroffen hat.

δδ. **RG.** R. **10** Nr. 3174. Werden an einem Hause aus erheblicher Höhe schwere Dielenstücke auf den Bürgersteig herabgelassen, so wird der im Verkehre gebotenen Sorgfalt für die Sicherheit des Straßenpublikums nicht dadurch genügt, daß auf beiden Seiten des Bürgersteigs Bretter mit der Aufschrift „Vorsicht" aufgestellt werden.

η. Unfälle in Fabriken und Werkstätten.

αα. SchlHolstAnz. **10** 273 (Kiel). Schadensersatzpflicht eines Gewerbetreibenden, der einen unbeteiligten Dritten um Hilfeleistung in seinem Gewerbebetrieb ersucht, ohne Vorkehrungen gegen die Gefahren des Betriebs für den Dritten zu treffen.

ββ. R. **10** Nr. 508 (Zweibrücken). Es geht über das Maß verkehrsüblicher und verständiger Vorsicht hinaus, daß in einer Schmiede schon beim Eintritt eines Dritten die Arbeit unterbrochen werden soll, um ihn vor Verletzung durch abspringende Funken zu schützen. Bei der Führung des Entlastungsbeweises bezüglich eines Lehrlings ist mit zu berücksichtigen, daß dessen Arbeitsgeschick und Kenntnisse erst entwickelt werden müssen.

γγ. **RG.** BayRpflZ. **10** 64 Anm. (und OLG. Zweibrücken) s. JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 f λ ηη (324).

ϑ. **RG.** R. **10** Nr. 4079 a. Wer durch mehrmaliges rasches Drehen der Telephonkurbel einen Telephonbeamten aufruft, haftet für den Schaden, der diesem daraus entsteht.

h) SchlHolstAnz. **10** 284 (Kiel). In dem Aufstellen von schweren Reklametafeln an einer Kindern zugänglichen Stelle ist ohne weiteres eine Fahrlässigkeit noch nicht zu finden. Mit dem Spielen und Klettern der Kinder auf die Tafeln braucht nicht gerechnet zu werden.

i) **RG.** SeuffA. **65** 449, JW. **10** 753, DJZ. **10** 1081. Hat der ärztliche Vorstand einer öffentlichen Irrenanstalt eine gegen ihren Willen der Anstalt als geisteskrank zugeführte Person in die Anstalt aufgenommen und dort

zurückbehalten, so wird er einer Schadensersatzklage gegenüber zunächst nicht mehr als das darzutun haben, daß die durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift aufgestellten Voraussetzungen für die zwangsweise Internierung eines Geisteskranken formell erfüllt waren. Es ist diesfalls bis auf weiteres („prima facie") der Nachweis für ein befugtes, also nicht rechtswidriges Eingreifen als geführt zu erachten. Das gilt nun zwar nicht in gleichem Maße von jedem anderen staatlich approbierten Arzte, der einen Patienten einer Irrenanstalt überweist, diesen gewaltsam dorthin verbringt oder verbringen läßt. Immerhin ist auch diesem Arzte zur Rechtfertigung seines Eingreifens, sei es als eines objektiv befugten oder doch subjektiv nicht widerrechtlichen, die Berufung darauf zu verstatten, daß triftige Gründe für ihn vorlagen, die ein solches Vorgehen als erforderlich erscheinen ließen, und daß er bei Beachtung der bestehenden Vorschriften eine — selbst gewaltsame — Unterbringung der Kranken in die Irrenanstalt für zulässig und geboten erachten durfte, wobei es dann freilich noch auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der Angehörigen des Kranken ankommen kann.

k) HansGZ. **10** Beibl. 29 (Hamburg). Syphilitische Ansteckung einer Frau durch ein in der staatlichen Entbindungsanstalt geborenes, von ihr in Pflege genommenes Kind. Keine Haftung des Staates dafür, daß Angestellte seiner Anstalt die Frau nicht davor gewarnt haben, daß das Kind von einer liederlichen Mutter stamme. Eine allgemeine Verpflichtung des Staates, dafür zu sorgen, daß syphilisverdächtige Kinder nicht ohne Warnung dritten Personen in Pflege gegeben werden, besteht nicht.

l) * Strupp, SeuffBl. **10** 315 ff., über die Frage der Schadensersatzansprüche Dritter gegen Ehegatten wegen Verletzung der aus der Ehe sich ergebenden Pflichten, bejahend, aber unter Polemik gegen das Urteil **RG. 70** 48 ff. — Klein ebenda 420 ff., der die Auffassung des vorgenannten Verfassers billigt.

m) **RG.** R. **10** Nr. 3176. Für die zivilrechtliche Haftung aus Betrug ist es nicht notwendig, daß sich der Vorsatz des betrüglich Handelnden von vornherein gerade gegen diejenige Person richtet, die den Vermögensschaden erleidet. Es genügt, daß der Handelnde das Bewußtsein hatte, er werde das Vermögen eines anderen schädigen, und daß er in Voraussicht der Möglichkeit eines schädlichen Erfolges die Handlung mit allen als möglich vorausgesehenen, wenn auch in gewisser Richtung dem Handelnden nicht gerade erwünschten Folgen auf sich nehmen wollte (Gruchots Beitr. **52** 1040).

n) R. **10** Nr. 3175 (Hamburg). Der verbotswidrige Verkauf von „Stoffen" und „Zubereitungen", die nach der Kaiserl. Verordn. betreff. den Verkehr mit Arzneimitteln vom 22. Oktober 1901 nur von Apotheken verkauft werden dürfen (vgl. § 367 Nr. 3 StGB.), seitens eines Drogisten, verstößt nicht gegen §§ 823, 826 BGB., auch nicht gegen § 1 des neuen Gesetzes betreff. unlauteren Wettbewerb. Die auf diesen Tatbestand gestützte Schadensersatzklage eines Apothekers gegen den Drogisten ist daher unbegründet.

o) **RG.** WarnE. **10** 293. Haftung des Holzkäufers, der weiß, daß der Eigentümer durch den Verkauf die Hypothekengläubiger schädigen will.

p) **RG.** R. **10** Nr. 899. Der Mäkler, der den Käufer durch arglistige Täuschung über Bierumsatz und Hypothekenverhältnisse zum Ankaufe bestimmt hat, haftet für die Anzahlung und Vertragskosten, wenn das Grundstück zwangsweise versteigert wird.

q) R. **10** Nr. 4081 (Stuttgart). Derjenige, welcher eine mit dem Eigentumsvorbehalt eines Dritten belastete bewegliche Sache bei seinem Schuldner hat pfänden lassen, macht sich dem Eigentümer schadensersatzpflichtig, wenn er in Kenntnis des Vorbehalts zu dem vom Schuldner vorgenommenen Weiterverkauf an einen gutgläubigen Erwerber seine Zustimmung gibt.

r) **RG.** SeuffA. **65** 112 = JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 p (325).

s) **RG.** R. **10** Nr. 3764. Rücksichten ästhetischer oder hygienischer Art, so der

Charakter eines Gebäudes (Leipziger Rathaus) als „Prachtbau", rechtfertigen es nicht, Verhältnisse (übermäßig glatte Flurplatten) bestehen zu lassen, die in verhältnismäßig kurzer Zeit zu Unfällen einer größeren Anzahl von Personen geführt haben, besonders wenn das Gebäude ein Geschäftsgebäude ist, das tagtäglich von einer großen Zahl von Personen der verschiedensten Kreise aufgesucht wird.

t) **RG.** R. **10** Nr. 897. In Erfüllung der vertraglichen Sicherungspflicht des Hotelwirts den Gästen gegenüber handelt auch ein Kellnerlehrling, welcher im Hausgange Holz in eine Kelleröffnung zu werfen hat.

u) **RG.** R. **10** Nr. 2820. Wer ein fünfjähriges Kind zu einer Fahrt mitnimmt, es immer im Auge behält und ihm wiederholt verbietet, in die Nähe eines Bretterstoßes sich zu begeben, haftet nicht, wenn es, einen unbewachten Augenblick benutzend, trotzdem an den Stoß Bretter herangeht und bei dessen Einsturz verletzt wird.

v) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 955, BayRpflZ. **10** 364. Wer den Erziehungsberechtigten widerrechtlich an der Sorge für die Person des Kindes gehindert und zur Erhaltung des rechtswidrigen Zustandes Unterhalt gewährt hat, hat keinen Ersatzanspruch gegen den Erziehungsberechtigten.

w) **RG.** R. **10** Nr. 2539. Der Verwalter des Nachlaßkonkurses hat ein Versehen des Nachlaßverwalters bei Aufstellung des Gläubigerverzeichnisses nicht zu vertreten.

x) R. **10** Nr. 1249 (Frankfurt). Der Hehler, der den gestohlenen Gegenstand an sich gebracht und weiterveräußert und dadurch seine Wiedererlangung dem Bestohlenen unmöglich gemacht hat, haftet neben dem Diebe als Gesamtschuldner für den ganzen dem Bestohlenen entstandenen Schaden.

y) **RG.** R. **10** Nr. 1248. Erhält der Prozeßgegner irrtümlich die für den Einspruchskläger bestimmte Urschrift des Einspruchs, so besteht deshalb allein, weil er sie behält und nicht dem Gegner übermittelt, noch keine Schadensersatzpflicht.

z[1]) **RG.** R. **10** Nr. 1567. Ein Waldbesitzer, der in seinem Walde während der feuersgefährlichen Sommerzeit ausgedehnte Abholzungen und Einebnungsarbeiten unter Heranziehung zahlreicher fremder Arbeiter vornehmen läßt, ist den benachbarten Waldbesitzern gegenüber zu besonderen Schutzmaßregeln (Aufsicht über Waldarbeiter, Halten geschulten Feuerlöschpersonals, planmäßiges Vorgehen gegen einen entstandenen Brand) verpflichtet. Auch muß eine ausreichende Unterweisung der mit dem Feuerdienste betrauten Personen erfolgen.

z[2]) Automobilhaftpflicht (JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 q; **7** Ziff. 1; **6** Ziff. 5 cc) s. u. § 831 Ziff. 14 f, g. Vgl. vor allem Automobilhaftpflichtgesetz.

α. **RG.** SächsRpflA. **10** 369, EisenbE. **26** 429, JW. **10** 234. Bei Gefälligkeitsfahrten in Automobilen kann von einem Verzichte des zur Fahrt Eingeladenen auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen solcher Unfälle, die durch ein Verschulden des Einladenden herbeigeführt worden sind, nicht die Rede sein. — Regelmäßig wird bei dem Erkennen von Umständen, die die Fahrt als eine nicht ungefährliche erscheinen lassen, die Teilnahme an der Fahrt als ein Verschulden anzusehen sein, das bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat.

β. **RG.** EisenbE. **26** 412, JW. **10** 105. Von einer Verpflichtung des Automobilbesitzers, gegen Fehler des Chauffeurs einzuschreiten, kann nur dann die Rede sein, wenn der Besitzer des Automobils wahrnimmt, daß der Chauffeur ein vorschriftswidriges oder den Umständen nicht Rechnung tragendes, Dritten Gefahr bringendes Verhalten einschlägt oder einschlagen will.

γ. **RG.** EisenbE. **26** 330, JW. **10** 148. Wer die Verfügung über ein Automobil und die Leitung der Fahrt hat, hat die Pflicht, durch schleuniges und nachdrückliches Eingreifen einer Gefahr vorzubeugen (**RG.** JW. **05** 287, **08** 405).

δ. EisenbE. **26** 263 (Celle). Haftung des Kraftfahrzeughalters für seinen Führer, der während der Fahrt einem anderen Führer die Steuerung überlassen hat.

ε. **RG.** R. **10** Nr. 1374. Der Automobilbesitzer verletzt seine Aufsichtspflicht nicht, wenn er duldet, daß sein an sich zuverlässiger Chauffeur eine Probefahrt macht.

ζ. WürttJ. **21** 29 (Stuttgart). Haftung einer Automobilfabrik für die durch einen Fahrschüler beim Fahren auf öffentlicher Straße verursachte Tötung eines Menschen.

aa) Motorfahrer.

RG. R. **10** Nr. 691. Auch wenn der Motorradfahrer die polizeilich zugelassene Höchstgeschwindigkeit nicht überschreitet, ist er doch nach allgemeinen Grundsätzen auch bei mäßig schneller Fahrt verpflichtet, die durch die Umstände gebotene Vorsicht zu beobachten und von den ihm zu Gebote stehenden Hilfsmitteln Gebrauch zu machen, um einen Unfall zu vermeiden oder doch seine schadenbringenden Wirkungen abzuschwächen.

bb) **RG.** R. **10** Nr. 1380. Der Fuhrwerksbesitzer hat seinem Kutscher allgemeine Anweisungen über das Ausweichen an engen Straßenstellen zu geben, wenn dadurch die auf dem schmalen Bürgersteige gehenden Personen gefährdet werden können.

cc) **RG.** PrVerwBl. **32** 187, R. **10** Nr. 2535. Es ist ein grober Mißbrauch, wenn ländliche Gemeinden die von ihnen ständig zu örtlichen Feiern benutzten Böller jahrzehntelang ununtersucht lassen, trotz der dadurch offensichtlich gegebenen hohen Gefahr für Gesundheit und Leben, nicht nur der Bedienungsmannschaft, sondern auch weiterer Personen.

dd) **RG.** SchlHolstAnz. **10** 268. Aufhebung des JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 cc (330) mitgeteilten Urteils gegen die Gemeinde, in deren Bezirke Feuerwerk stattfand. Haftung der Gemeinde.

ee) Unfälle auf der Jagd (JDR. **8** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 bb; **7** Ziff. 7 cc; **6** Ziff. 5 aa; **5** Ziff. 7 bb).

α. R. **10** Nr. 1732 (München). Einen Jagdgast, der auf einem Rückwechsel gegen die Treiberkette nach Flugwild schießt und einen zufällig etwas zurückgebliebenen Treiber verletzt, trifft ebenso ein Verschulden wie den Treiber selbst, der solchenfalls sich nicht durch vermehrten Lärm genügend bemerkbar gemacht hat; der Jagdgast muß mit der bekannten Unzuverlässigkeit und Trägheit der Treiber rechnen.

β. **RG.** JW. **10** 331. Über Fahrlässigkeit eines Jägers bei Abgabe eines Schusses in nächster Nähe eines Beschädigten.

γ. SeuffBl. **10** 328 (München). Haftung des Jägers für Anschießen des Treibers. Mitverschulden des Treibers durch Zurückbleiben beim Treiben ohne ausgiebigen Lärm.

ff) **RG.** R. **10** Nr. 2533. Die Veranstalter öffentlicher Vorstellungen dürfen voraussetzen, daß nur Personen mit normalen Sinnen und Nerven Vorführungen besuchen, bei denen angekündigtermaßen stärkere Geräusche entstehen.

gg) R. **10** Nr. 2530 (Hamburg). Ein Schiffer, welcher infolge Sperre einer staatlichen Schleuse diese nicht passieren kann und infolgedessen untätig vor der Schleuse liegen bleiben muß, hat gegen den Staat keinen Anspruch auf Schadensersatz, und zwar selbst dann nicht, wenn er das Schleusengeld schon bezahlt haben sollte.

hh) R. **10** Nr. 3766 (Hamburg). Die den Polizeibeamten gegebene Anweisung, bei Verteilung der Auswanderer an die Auswandererwirte gleichmäßig zu verfahren, ist kein Schutzgesetz zugunsten der Wirte und berechtigt einen Wirt nicht, wegen angeblicher unrichtiger Verteilung Schadensersatz von dem Polizeibeamten zu verlangen.

ii) R. **10** Nr. 3342 (Hamburg). Neben der Haftung des Frachtführers aus dem Frachtvertrage gemäß § 429 HGB. ist kein Platz mehr für eine Haftung aus einem außerkontraktlichen Verschulden des Frachtführers gemäß 823 BGB., vielmehr muß angenommen werden, daß eine solche Haftung stillschweigend durch den Frachtvertrag ausgeschlossen ist.

kk) HansGZ. **10** Beibl. 79 (Hamburg). Urheberrechtsschutz an dem Entwurf eines Wasserturms. Der diesen Entwurf schaffende Architekt kann, wenn der Turm nachher anders ausgeführt wird, nicht verlangen, daß eine Publikation, die nur von den späteren Entwürfen spricht, berichtigt werde, weil diese auf seinen Ideen beruhten.

II. Abs. 2.

1. Conrades, R. **10** 36 f. Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 ist nur für einen Schaden gegeben, der nach dem gewöhnlichen und natürlichen Verlaufe der Dinge als Folge des Verstoßes gegen das Schutzgesetz erscheint. Es geht nicht an, Unfälle, die jederzeit, aber nur entfernt möglich sind, als Folgen einer unerlaubten Handlung anzusehen, durch die der Geschädigte lediglich dieser Möglichkeit längere Zeit ausgesetzt war, als ohne sie, sofern nicht gerade das zu verhüten der Zweck des übertretenen Gesetzes ist.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1252. Ist die wörtliche Befolgung einer Schutzvorschrift undurchführbar, so ist sie, um ein Verschulden auszuschließen, doch dem Sinne nach zu befolgen, indem ein gleichwertiger Ersatz an anderen Vorsichtsmaßregeln geschaffen wird.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1570. Die Frage, ob gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. (Polizeiverordnung) verstoßen ist, ist insoweit der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen, als es sich um die Anwendung der irrevisiblen Rechtsnorm, um die Feststellung einer objektiv vorliegenden Übertretung der Vorschrift handelt. Dagegen unterliegt die Frage eines schuldhaften Verstoßes (§ 823 Abs. 2 Satz 2) der Nachprüfung.

4. *Rosenthal, LeipzZ. **10** 107. Jegliche rechtswidrige Einwirkung auf den fremden Abnehmerkreis ist auf Grund § 823 Abs. 2 (in Verbindung mit § 1004 BGB.) zu verfolgen; hierher gehört sowohl die unrichtige Reklame, die Kreditgefährdung durch üble Nachrede, der Geheimnisverrat und Bestechung von Angestellten oder Beauftragten, als auch jede sonstige widerrechtliche Störung, z. B. Warnungen, Boykottierungen, Kartelle, mögen sie sittenwidrig sein (§ 1 WettbewG.) oder nicht, mögen sie einen wirklichen „Eingriff" in die fremde Rechtssphäre darstellen oder nicht. Gegeben sind die Klagen auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz (vgl. auch Rosenthal-Wehner, WettbewG. [2] 26 ff.).

5. Einzelne Schutzgesetze (JDR. **8** § 823 Abs. 2 Ziff. 4; **7** Ziff. 8; **6** Ziff. 4; **5** Ziff. 3; **4** Ziff. 6; **3** Ziff. 4; **2** Ziff. 3; **1** Ziff. 5).

a) Bürgerliches Gesetzbuch.

BGB. §§ 1134, 1135. **RG.** SeuffBl. **10** 109 f. JDR. **8** § 823, Abs. 2 Ziff. 4 b γ.

b) Strafgesetzbuch.

α. § 172. **RG. 72** 128, SeuffA. **65** 276 f. JDR. **8** § 823 Abs. 2 Ziff. 4 δ α.

β. § 185. **RG.** WarnE. **10** 293. Wenn die Beklagten die Absicht verfolgt hätten, mit der Veröffentlichung des Bildes neben der Kritik der Preußischen Forstverwaltung zugleich auch den Kläger bloßzustellen und zu diskreditieren, so könnte die Veröffentlichung des Bildes als Ausdruck der Geringschätzung und Mißachtung der Persönlichkeit des Klägers sich als eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB. darstellen und gemäß § 823 Abs. 2 BGB. den Anspruch auf Unterlassung weiterer Verbreitung des Artikels sowie auf Schadensersatz begründen. Diese Ansprüche ließen sich auch aus § 826 BGB. rechtfertigen, wenn die Beklagten aus Konkurrenzneid und zu Zwecken des Wettbewerbes den Kläger, wie er behauptet, in wohlerwogener Absicht als Juden in einer Fachzeitschrift hingestellt hätten. Eine solche vorsätzlich auf Schädigung des Klägers gerichtete Handlungsweise würde sich als Verstoß gegen die guten Sitten darstellen.

γ. § 187. SeuffA. **65** 462 (Dresden), ElsLothZ. **10** 72 (Colmar).

δ. § 367 Ziff. 12. **RG.** JW. **10** 148, R. **10** Nr. 1379.

ε. § 367 Ziff. 14. **RG.** JW. **10** 11. § 367 Ziff. 14 StGB. enthält nicht nur

Sicherungsmaßregeln zum Schutze des Publikums; er ist Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Eine zivilrechtliche Haftung aus dieser Strafbestimmung in Verbindung mit § 823 Abs. 2 tritt dann nicht ein, wenn den Betreffenden ein Versehen nicht trifft.

c) Handelsgesetzbuch.

RG. 72 408, JW. **10** 232, LeipzZ. **10** 400. Die Bestimmungen des HGB., welche den Kaufmann zur Anmeldung seiner Firma, zur Eintragung in das Handelsregister verpflichten, sind keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2. Ein Arbeiter hat gegen den gewerbetreibenden Arbeitgeber wegen Unterlassung der Eintragung ins Handelsregister keinen Schadensersatzanspruch.

d) Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschr. Haftung.

α. **RG. 73** 392, JW. **10** 617, ZAktWes. **10** 91. Die nach § 52 Abs. 1 GmbHG. auf den Aufsichtsrat einer Gesellschaft mbH. entsprechend anwendbaren Vorschriften des § 249 Abs. 1, 2 HGB., wonach die Mitglieder des Aufsichtsrats bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden haben und im Falle der Verletzung ihrer Obliegenheiten der Gesellschaft schadensersatzpflichtig sind, regeln nur das zwischen der Gesellschaft und den Aufsichtsratsmitgliedern bestehende Vertragsverhältnis, bezwecken aber nicht den Schutz Dritter. Diese Vorschriften sind keine Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2.

β. **RG. 73** 30, LeipzZ. **10** 398, ZAktWes. **10** 46. Die Vorschrift des § 64 GmbHG., wonach die Geschäftsführer einer GmbH. die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen haben, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz sich Überschuldung ergibt, enthält trotz der Strafbestimmung des § 84 GmbHG. kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. zugunsten jedes Dritten.

e) Genossenschaftsgesetz.

RG. JW. **10** 109. Die §§ 19, 34, 38, 41, 146 GenG. sind keine Schutzgesetze für die Genossen. Für die einzelnen Genossen kann ein Anspruch auf Schadensersatz aus der Amtsführung der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats nur insoweit begründet sein, als ein außerkontraktliches Verschulden derselben vorliegt, das zugleich ein für die Genossen bestehendes Schutzgesetz verletzt. Die Strafvorschrift des § 147 GenG. ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

f) Seemannsordnung.

SchlHolstAnz. **10** 193 (Kiel). § 108 SeemO. ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

g) BraunschwZ. **10** 50 (Braunschweig). § 70 der Straßenpolizeiordnung für die Stadt Braunschweig als Schutzgesetz.

h) HansGerZ. **10** Beibl. 68, R. **10** Nr. 507 (Hamburg). Bestimmungen einer Hebammenordnung, die der Hebamme die Pflicht auferlegen, gewisse Erkrankungen des Kindes, z. B. Augenentzündungen, der vorgesetzten Medizinalbehörde anzuzeigen, haben nicht den Zweck, die Hebamme zu veranlassen, den Neugeborenen ärztliche oder sonstige Hilfe zu verschaffen, sie dienen vielmehr dem allgemeinen Wohle, der Verhütung ansteckender Krankheiten und dergleichen allgemeinen Zwecken. Sie sind daher kein Gesetz zum Schutze der Kinder, und ihre Übertretung gibt den Kindern keinen Schadensanspruch.

i) **RG. 73** 8. Kein Schutzgesetz ist die Seestraßenordnung.

§ 824. 1. SeuffA. **65** 320 (Jena). Unterlassungsklage bei Gefährdung des Kredits und Erwerbes durch unwahre Behauptungen.

2. SächsRpflA. **10** 12 (Dresden). Klage auf Widerruf einer unrichtigen Auskunft. Wegen des Gerichtsstandes s. o. zu §§ 823 ff. Ziff. 8.

3. SeuffA. **65** 228 (Dresden). Die Gewährung von Sonderrabatt darf nicht als unfair und als Übervorteilung der sonstigen Kundschaft bezeichnet werden.

4. OLG. **20** 260 (Hamburg). Klage eines Naturheilkundigen gegen einen Arzt wegen Bezeichnung als Kurpfuscher. Klagabweisung.

5. OLG. **20** 255 (Hamburg). Verbreitung unrichtiger Tatsachen über Konkurrenten (Angaben über die Gefährlichkeit eines Waschmittels), vgl. ebenda 255 (Naumburg); 257 (Hamburg).

§ 826. 1. a) Hagen, SächsRpflA. **10** 105, 505, teilt zahlreiche Entscheidungen mit über die Frage: Beiträge zu den guten Sitten (JDR. **8** § 826 Ziff. 4 b).

b) **RG.** SeuffA. **65** 323, JW. **10** 470. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann durch Unterlassung auch ohne Verletzung einer Rechtspflicht begangen werden, wenn ein Handeln nach der Anschauung billig denkender Menschen geboten war. So ist je nach den Umständen eine sittliche Pflicht dessen anzunehmen, der von einer Fälschung seiner Unterschrift Kenntnis erhält, dem durch die Fälschung Getäuschten Aufklärung über den richtigen Sachverhalt zu verschaffen.

c) **RG.** JW. **10** 18, DJZ. **10** 258. Es kann ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht schon deshalb verneint werden, weil die Handlung selbst keine arglistige, der Handelnde der Sittenwidrigkeit seiner Handlungsweise sich nicht bewußt ist. Ein doloses, arglistiges Handeln wird zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten nicht erfordert; auch die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kann in besonders gearteten Fällen einen solchen Verstoß enthalten, und auch hierbei kann sich der Handelnde ebensogut der Möglichkeit des Eintritts einer Vermögensbeschädigung bewußt sein, wie in dem Falle arglistigen Handelns. Damit würden die Voraussetzungen zur Anwendung des § 826 gegeben sein.

2. Vorsatz (JDR. **8** § 826 Ziff. 5; **7** Ziff. 3; **6** Ziff. 4; **5** Ziff. 3; **4** Ziff. 3; **3** Ziff. 4; **2** Ziff. 1 b; **1** Ziff. 1 b).

a) PosMSchr. **10** 6 (Posen). Es genügt schon das Bewußtsein, daß die Handlung den schädigenden Erfolg haben werde; der Eventualdolus reicht aus, er setzt lediglich voraus, daß der Handelnde den an sich außerhalb seiner Zwecke liegenden schädlichen Erfolg für den Fall will, daß ohne diesen die beabsichtigte vorsätzliche Handlung nicht ausführbar sein sollte (vgl. z. B. **RG. 62** 139, R. **07** 1465). Bei der Entscheidung der Frage, ob jemand mit einer bestimmten Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, ist nicht nur seine Beziehung zu einer einzelnen Person, dem Geschädigten, sondern auch sein Verhältnis zu anderen Personen zu berücksichtigen, wenn dieses bestimmend auf ihn eingewirkt hat. Hier ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, daß der Beklagte von der Fälschung seiner Unterschrift nicht Mitteilung machen konnte, ohne — wie er nach Lage der Sache annehmen konnte und annahm — eine, wenn auch nur entfernte Verwandte oder deren Ehemann der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung auszusetzen, da andere Personen als diese für die Täterschaft nicht in Betracht kommen konnten. Indem er sich von diesem Beweggrunde, wie ihm zu glauben ist, leiten ließ, handelte er nicht gegen die guten Sitten, auch wenn er voraussah, daß die Schädigung eines Dritten die Folge des Schutzes einer Verwandten sein würde.

b) **RG.** R. **10** Nr. 900. Wenn demjenigen, der Bestimmtes behauptet oder eine erhebliche Urkunde einem anderen vorlegt, nicht die Unrichtigkeit der Behauptung oder Urkunde bekannt ist, muß er, um der Arglist beschuldigt werden zu können, zum mindesten mit der Möglichkeit ihrer Unrichtigkeit gerechnet haben. Unter Umständen kann allerdings auch in der Aufstellung einer unsicheren Behauptung als sicher, in der Hingabe eines zweifelhaften Schriftstücks oder einer ungenauen Zeichnung als ganz zuverlässig dann eine Arglist (dolus eventualis) gefunden werden, wenn der Täter die Unrichtigkeit seiner Angaben, Urkunden nicht oder nicht genau kennt. Derartige Fälle werden immerhin selten sein, und ein Handeln in angegebener Weise wird gewöhnlich nur in das Gebiet der Fahrlässigkeit fallen. Nach § 826 BGB. ist aber vorsätzliche, d. i. bewußt gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung erforderlich.

3. Arglist.

RG. JW. **10** 111. Werden bei einem Vertrage Zusicherungen gemacht, die nicht zum Vertragsinhalte gehören, und wird der andere Teil durch derartige arglistige Zusicherungen zum Vertragsschlusse bestimmt, so kann der andere Teil zwar keine vertraglichen Ansprüche, wie etwa auf Gewährleistung oder Preisminderung erheben; es folgt aber nicht daraus, daß der Beschädigte, der durch die arglistigen Zusicherungen zum Vertragsschlusse bestimmt worden ist, sich auch der Schadensersatzansprüche aus der unerlaubten (arglistigen) Handlung begeben müßte.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 42. Über den Unterschied des Tatbestandes der arglistigen Täuschung i. S. des § 123 und des § 826. Zu ersterem gehört außer der bewußten Irrtumserregung zum Zwecke der Willensbeeinflussung nicht auch noch die Absicht oder das Bewußtsein der Vermögensbeschädigung. S. a. § 123 zu II Ziff. 1c.

5. Verleitung zum Vertragsbruche (JDR. 8 § 826 Ziff. 10; **7** Ziff. 7; **6** Ziff. 10; **5** Ziff. 8).

a) Rosenthal, UnlW. **10** 83, Die Verleitung zum Vertragsbruch, insbesondere in Anwendung auf Markenartikel und Preisschleudern. Für den Regelfall muß jede zum Mittel eigenen Gewinnes vorgenommene Verleitung zum Vertragsbruch und jede (in Kenntnis der Umstände erfolgende) planmäßige Benutzung der freiwillig gebotenen Gelegenheit auf Grund der §§ 1 UnlWG. bzw. 826 HGB. verfolgbar sein. — Über Preisunterbietung 84 f.

b) **RG.** JW. **10** 705, DJZ. **10** 1026. Nicht jede wissentliche Beteiligung an der Vertragsverletzung eines anderen oder die Verleitung eines anderen zu einer Vertragsverletzung bildet schlechthin einen Verstoß wider die guten Sitten. Es müssen vielmehr Umstände hinzutreten, die das Verhalten desjenigen, der an der Vertragsverletzung teilgenommen oder dazu angestiftet hat, vom Standpunkt eines anständig und billig denkenden Menschen als verwerflich erscheinen lassen.

6. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile, Ausnutzung der Rechtskraft (JDR. 8 § 826 Ziff. 11; **7** Ziff. 9; **6** Ziff. 8; **5** Ziff. 6; **4** Ziff. 6).

a) * Dalberg, BuschsZ. **40** 549. Ein rechtskräftiges Urteil, gegen welches das Wiederaufnahmverfahren nicht oder nicht mehr möglich ist, kann umgestoßen werden, wenn es durch eine Handlung des Obsiegenden erwirkt worden ist, welche gegen die guten Sitten verstößt. Der Verurteilte kann dann mit der Klage aus § 826 BGB. von dem Judikatsgläubiger Vernichtung oder Herausgabe des ergangenen Urteils, bzw. Herausgabe des infolge Vollstreckung des Urteils ihm Entzogenen verlangen. Zur Klagebegründung gehört nicht, daß das ergangene Urteil materiell unrichtig ist; denn schon der Erlaß des Urteils an sich, einerlei ob richtig oder falsch entschieden, bedeutet für den Verurteilten einen Schaden im Sinne von § 826. Wird materielle Unrichtigkeit in die Klagebegründung hineingenommen, wie bisher stets geschehen, so muß der Einwand der Rechtskraft dagegen durchdringen, welcher andernfalls vorbeitrifft. Die Klage gibt nur ein „judicium rescindens“, nicht auch, wie das Wiederaufnahmeverfahren, ein „judicium rescissorium“; daher steht hier kein Wiederaufnahmeverfahren in Rede, dessen Voraussetzungen allerdings ausschließlich geregelt sind.

b) Düringer, DJZ. **10** 38 ff., verteidigt gegen Hellwig, R. **10** 727, den Standpunkt des **RG.** (vgl. **46** 75, **61** 359, **69** 280), daß auch dem auf ein rechtskräftiges Urteil gestützten Anspruche gegenüber mit Erfolg geltend gemacht werden könne, daß der Kläger selbst das Urteil auf verbrecherische oder sittenwidrige Weise erwirkt habe.

c) Fuchs, DJZ. **10** 1295 f. Derjenige, welchem infolge eines Versehens des Gerichts ein formell rechtsgültiges, wenn auch materiell falsches Urteil zugefallen ist,

handelt nicht rechtswidrig und beutet keineswegs die Rechtskraft des Erkenntnisses in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise aus, wenn er zur Verwirklichung des durch Richterspruch festgestellten Anspruchs schreitet und das Urteil in das Vermögen des Gegners vollstreckt.

d) ElsLothJZ. **10** 311 (Colmar). Das OLG. schließt sich der vom RG. verschiedentlich zum Ausdrucke gebrachten Ansicht an: die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung vermöge den grundlegenden Rechtssatz nicht außer Kraft zu setzen, daß die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichte, und versage deshalb da, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht sei, den Schein des Rechtes zu geben.

e) R. **10** Nr. 3495 (Colmar). Die bewußt rechtswidrige Erwirkung einer das Recht verletzenden rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung begründet einen Schadensersatzanspruch.

f) **RG.** LeipzZ. **10** 143 = JDR. **8** § 826 Ziff. 11 (R. **09** Nr. 3555).

7. Beweislast.

Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Im Falle des § 826 muß der Kläger behaupten, daß der Beklagte gegen die guten Sitten gehandelt habe, und wenn der Beklagte dies bestreitet, seine Behauptung beweisen.

8. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe (JDR. **8** § 826 Ziff. 13; **7** Ziff. 12; **6** Ziff. 11; **5** Ziff. 9; **4** Ziff. 8; **3** Ziff. 7; **2** Ziff. 6; **1** Ziff. 4.

a) Oertmann wendet sich gegen Zimmermann, SozPr. **18** 442, der das Gutachten des Verf. (ABürgR. **39** 221, JDR. **8** § 826 Ziff. 13 t) angreift. Er bleibt bei dem Ergebnisse, daß die Verrufsmaßnahmen des Zechenverbandes als solche für die Beurteilung auf der Grundlage des geltenden Rechtes unanfechtbar seien. Dagegen beweist auch nichts die zuzugebende Möglichkeit einer unstatthaften Anwendung im Einzelfalle. Die abstrakte Möglichkeit eines Mißbrauchs der „schwarzen Listen" führt dazu, den Mißbrauchsfall zu ahnden, aber nicht dazu, ein ganzes System einfach zu verwerfen, das in seiner Grundidee der moralischen Kritik durchaus Stand hält.

b) GruchotsBeitr. **54** 643, SeuffBl. **10** 514, **RG.** R. **10** Nr. 67—69. Ein Boykott ist in der Regel nicht schon deshalb widerrechtlich, weil damit bezweckt wird, einem Arbeitgeber durch Unterbindung seines Geschäftsbetriebs einen möglichst hohen Schaden zuzufügen, um einen Zwang auf seine Entschließungen auszuüben. Der Boykott wird jedoch widerrechtlich, wenn zu seiner Durchführung Mittel angewandt werden, die gegen das Strafgesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen. Ist ein Boykott lediglich wegen der angewandten, unstatthaften Kampfesweise widerrechtlich, so ist gleichwohl bei der Schadenshaftung nicht zu unterscheiden zwischen dem Schaden, der durch den Boykott an sich, und demjenigen, der durch die unstatthafte Kampfesweise entstanden ist.

c) SächsOLG. **31** 380 (Dresden). Bekämpfung der Gewährung von Sonderrabatten durch die Sperre eines Kaufmanns, der solche Rabatte gewährt. Die Sperre als Kampfmittel ist an sich nicht unerlaubt, sie ist nur dann sittlich verwerflich, wenn sie nach Zweck und Ziel des Kampfes oder wegen der dabei angewandten Mittel die Grenzen der guten Sitten überschreitet. Die Sperrung der Bezugsquellen des Kl. ist nicht anstößig, sofern sie nicht zu einer völligen Lahmlegung des Geschäftsbetriebs des Kl. geführt hat.

d) ElsLothJZ. **10** 72 (Colmar). Über den Schadensersatzanspruch wegen Veranlassung der Aufnahme in die schwarze Liste des Deutschen Bühnenvereins.

e) R. **10** Nr. 2542 (Colmar). Wenn ein Mitglied des Deutschen Bühnenvereins die Aufnahme eines Schauspielers in die schwarze Liste der Kontraktbrüchigen und dadurch den Ausschluß von einer dem Verein angehörigen Bühne aus tatsächlich unrich-

tigen Gründen, jedoch ohne diese Unrichtigkeit zu kennen, veranlaßt, so verstößt er nicht gegen § 826 BGB.

f) **RG.** R. **10** Nr. 4084. Darin, daß ein Arbeiterverein, der für seine Arbeiter einen Arbeitsnachweis eingeführt hat, die Sperre über eine Wirtschaft verhängt, mit deren Betrieb der Betrieb gleichfalls eines Arbeitsnachweises verbunden ist, ist eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung in der Regel nicht zu erblicken.

g) HansGZ. **10** Beibl. 225 (Hamburg). Klage eines Auswandererwirts gegen einen Polizeibeamten, weil dieser dem Kl. bei Verteilung der in Hamburg angekommenen Auswanderer auf die dort ansässigen Auswandererwirte parteiisch verfahren und dem Kl. dadurch Schaden zugefügt habe. Abweisung der Klage.

h) LeipzZ. **10** 491 (LG. Leipzig). Schädigung des Konkurrenten durch Veranlassung zweckloser Maßnahmen desselben.

i) R. **10** Nr. 3767 (Dresden). Ein Verband von Detailgeschäften zur Bekämpfung der Gewährung von Sonderrabatten handelt nicht widerrechtlich, wenn er, um den Beitritt eines widerstrebenden Kollegen zu erzwingen, dessen Lieferanten ersucht, ihm, solange er Sonderrabatt gewähre, nicht zu liefern.

k) OLG. **20** 260 (Hamburg). Empfehlung von Konkurrenzwaren durch einen Detaillisten.

9. Haftung für Vertreter.

a) *Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung (vgl. auch die §§ 677, 687, 812, 816, 823, 824). Hat jemand auftraglos in fremdem Namen, aber für eigene Rechnung ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, so haftet er nach § 826, sofern er den dem Vertretenen erwachsenen Schaden voraussehen konnte und in den Kauf genommen hat (46).

b) Über die Haftung des falsus procurator vgl. *Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung 46; siehe auch bei §§ 677, 687, 812, 816, 823, 826.

c) **RG.** BayRpflZ. **10** 196. Aus dem Betruge des Vertreters folgt nicht die Haftung des Vertretenen. Der Vertretene haftet nach den Vorschriften der §§ 812 ff.

10. Exceptio doli.

Silbermann stellt die in den letzten Jahren erschienene Literatur über die exceptio doli generalis und die ergangenen Entscheidungen der Gerichte zusammen.

11. Verhältnis zum Warenzeichengesetze (JDR. **8** § 826 Ziff. 15; **7** Ziff. 14; **6** Ziff. 15; **5** Ziff. 14; **4** Ziff. 10; **3** Ziff. 9).

a) SächsRpflA. **10** 92 (Dresden). Die tatsächliche Vorbenutzung eines Warenzeichens gibt der Eintragung eines gleichen oder ähnlichen Warenzeichens gegenüber kein Widerspruchsrecht. Wer sich das von einem anderen vorbenutzte Warenzeichen eintragen läßt, verstößt nicht gegen § 826; nur beim Vorhandensein ganz besonderer Umstände kann ein Verstoß gegen § 826 vorliegen, so namentlich, wenn die Anmeldung des vorbenutzten Warenzeichens und die Ausübung des durch die Eintragung erlangten Zeichenrechts die Grenzen überschreitet, die im Geschäftsverkehre dem Wettbewerb mit Rücksicht auf die Grundsätze der Redlichkeit und des Anstandes gezogen sind (**RG.** JW. **08** 281).

b) ZIndR. **5** 249 (KG.). Löschung eines Warenzeichens gemäß § 826. Durch die Verwendung des Warenzeichens „Schultheißen" benutzt die Bekl. die Firma der Kl. in einer Weise, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma der Kl. hervorzurufen.

c) UnlW. **10** 35 (Cöln). § 826 begründet einen Anspruch auf Löschung eines Warenzeichens, welches zur Zeit der Anmeldung mit Wissen des Anmelders die schlagwortartige Abkürzung einer fremden Firma bildete.

12. § 826 und das Anfechtungsgesetz.

a) **RG.** JW. **10** 38. Der Anfechtungsanspruch aus dem Anfechtungsgesetze schließt Ansprüche aus §§ 823, 826 aus.

b) **RG.** JW. **10** 939. Eine fraudulose, nach den Vorschriften des AnfG. oder der KO. anfechtbare Rechtshandlung stellt nicht an sich schon eine unerlaubte, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung dar. Selbst in den Fällen des § 3 Nr. 1 AnfG., § 31 Nr. 1 KO. darf man, auch wenn hier stets eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. und des § 32 ZPO. als vorliegend anzunehmen ist (**RG. 48** 401 Nr. 92; **60** 300 ff. Nr. 69), nicht schlechthin dem geschädigten Gläubiger neben der Anfechtung noch einen deliktischen Schadensersatzanspruch verstatten. Denn an sich haben die sondergesetzlichen Bestimmungen über die Gläubigeranfechtung einen abschließenden Charakter. Wenn gar nichts anderes und nicht mehr vorliegt, als der Tatbestand von § 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 — Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen und Kenntnis des anderen Teiles hiervon — so tritt eben nur die vom Gesetzgeber für diesen Tatbestand ausschließlich gewollte und festgesetzte Rechtsfolge, die Anfechtbarkeit nach Maßgabe dieses Spezialgesetzes (§ 7 ff.) ein und nicht daneben die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung nach den Regeln des BGB. (§§ 249 ff.), noch auch die Nichtigkeit nach § 134 und § 138 BGB. Die erwähnte Vorschrift des AnfG. kann deshalb auch nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. gelten, und es ist in einem solchen Falle auch für die Anwendung des § 826 BGB. kein Raum. Allein zweifellos kann im Einzelfalle die fraudulose Rechtshandlung beziehungsweise die Teilnahme des Dritten an dieser über den bloßen Anfechtungstatbestand hinausgehend die Merkmale einer unerlaubten Handlung nach § 823 oder § 826 BGB. erfüllen, und in solchem Falle muß dem rechtswidrig geschädigten Gläubiger in Konkurrenz mit dem Anfechtungsanspruch auch ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 826 (bei Verstoß gegen ein Schutzgesetz wie § 263, § 288 StGB., § 241 KO. auch § 823 Abs. 2 BGB.) und §§ 249 ff. BGB. gewährt sein. Dem Tatbestande des AnfG. kann ein ihm an sich fremdes Moment hinzugefügt werden durch eine betrügliche Täuschung, durch eine arglistige Verschleierung der den Gläubiger schädigenden Machenschaften. Doch ist dieser Gesichtspunkt nicht der einzige, der für die Anwendung des § 826 BGB. in Betracht kommt.

13. Verhältnis zum UnlWG.

RG. 73 294, JW. **10** 617, **UnlW. 9 393, DJZ. 10** 766. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß durch die bestehenden Sondergesetze die Anwendung derjenigen Vorschriften des BGB., die den Schutz gegen illoyale Handlungen im Verkehrsleben bezwecken, insbesondere des § 826 nicht ausgeschlossen wird, und diese Auffassung hat auch im § 1 des am 1. Oktober 1909 in Kraft getretenen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 ausdrückliche Anerkennung gefunden. Allerdings ergibt sich aus dem Wesen der Sondergesetzgebung, daß die darin festgelegten Tatbestände rechtswidrigen Handelns nicht unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten anders betrachtet werden können, und daß da, wo die Urheberrechtsschutzgesetzgebung ausdrücklich und absichtlich den Schutz für einen gewissen Tatbestand ausschließt, ein solcher auch nicht aus allgemeinen Gesichtspunkten des BGB. hergeleitet werden kann. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich um einen, durch ein Sondergesetz zur Zeit nicht geregelten, insbesondere um einen dem Urheberrechte fremden Tatbestand, nämlich darum, ob der gewerbsmäßige Erzeuger der Vervielfältigungen eines künstlerischen Vortrags einem Dritten untersagen kann, nach diesen Vervielfältigungen wiederum Nachbildungen zu veranstalten und in den Handel zu bringen. Den Vorinstanzen ist nun darin beizutreten, daß mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles das Verhalten des Beklagten gegen die guten Sitten verstößt.

14. **OLG. 20** 253 (Kiel) s. JDR. **8** § 826 Ziff. 8.

15. Einzelne Fälle.

a) Haftung für Auskunft und Rat (JDR. 8 § 826 Ziff. 17a; **7** Ziff. 16b; **6** Ziff. 16a; **5** Ziff. 15e; **4** Ziff. 12e).

α. **RG.** BankA. **9** 283. Wer eine wissentlich unrichtige Kreditauskunft erteilt, haftet dem Auskunftsempfänger zunächst nur für den Schaden, den dieser durch eine unmittelbar auf Grund der Auskunft vorgenommene Kreditgewährung erleidet. Hat der Auskunftsempfänger erst durch eine spätere Kreditgewährung, vor welcher er weitere Auskünfte von dritter Seite eingezogen hatte, Schaden erlitten, so tritt eine Schadensersatzpflicht des Erteilers der ersten Auskunft nur ein, wenn er sich bewußt war, daß es sich um den Beginn einer dauernden, mit fortlaufender Kreditgewährung verbundenen Geschäftsverbindung handle, und wenn zwischen der späteren Kreditgewährung und der früheren unrichtigen Auskunft ein nachweislicher Kausalzusammenhang besteht.

β. BadRpr. **10** 38 (Karlsruhe). Haftung aus bewußt wahrheitswidriger Auskunftserteilung.

γ. **RG. 73** 289, R. **10** Nr. 1949. Die Voraussehbarkeit der Höhe des Schadens ist an sich keine Voraussetzung für die Schadenshaftung. Eine bewußte unwahre falsche Auskunft über eine begrenzte Kreditwürdigkeit begründet für gewöhnlich aber nur eine auf jenen Betrag beschränkte Schadenshaftung.

b) Arglistige Täuschung (JDR. **8** § 826 Ziff. 17b; **7** Ziff. 16c; **6** Ziff. 16b; **5** Ziff. 15e) s. o. Ziff. **3**.

α. Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung beim Vertragsschlusse. Hanke, Sonderrecht des Viehkaufes 167—170, s. oben Ziff. 6 zu §§ 481 ff.

β. **RG.** SächsRpflA. **10** 538. Der (beim Kaufe) arglistig Getäuschte ist nicht auf die Anfechtung beschränkt, sondern kann statt dessen gemäß §§ 823, 826 Schadensersatz fordern, ohne daß ihm eine Rückgabepflicht obliegt.

c) **RG.** BankA. **10** 11. Haftung des Bankiers aus § 826 oder § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 StGB. s. o. § 676. **S. ferner o. zu** § 676.

d) Falsches Zeugnis.

BankA. **9** 367 (Karlsruhe). Ein Prinzipal, der seinem Kassierer unter Verschweigung von ihm verübter Unterschlagungen ein gutes Abgangszeugnis ausstellt, ist für den Schaden verantwortlich, welchen dieser Angestellte in einer auf Grund des Zeugnisses erlangten späteren Stellung durch unredliche Handlungen anrichtet.

e) LeipzZ. **10** 240, ElsLothJZ. **10** 185 (Colmar). Der Bekl. war eine Musterkollektion von der Klägerin (einer Konkurrentin) nur zu vorübergehendem Besitze bis nach getroffener Auswahl und nur gegen die ausdrückliche Zusicherung überlassen worden, die bemusterten Artikel nicht selbst zu fabrizieren. Diese Zusicherung mußte die Bekl. mindestens für die Zeit bis zur Rücksendung der Kollektion nach allgemeinen Anstandsregeln davon abhalten, ihrerseits Schuhe nach dem Vorbilde der von der Kl. fabrizierten herzustellen. Durch die trotzdem erfolgte Fabrikation verstieß Bekl. gegen § 826.

f) HessRspr. **11** 138 (Darmstadt). Die Androhung an einen Schuldner, in Zeitungen Forderungen gegen ihn unter Nennung seines Namens zum Verkauf anzubieten, verstößt gegen die guten Sitten.

g) Verstoß gegen § 826 und Kaufgeschäft.

α. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 994, HoldheimsMSchr. **10** 91, LeipzZ. **10** 293, JW. **10** 187, Verstoß gegen die guten Sitten durch Verschweigen des wahren Wertes einer Ware beim Kaufabschlusse.

β. **RG.** R. **10** Nr. 4082. In der unwahren Vorspiegelung, der Vorbesitzer eines Gasthofs habe am Kaufpreis einen beträchtlichen Teil abbezahlt, kann ein Grund zum Schadensersatz erblickt werden.

γ. **RG.** R. **10** Nr. 2994. Wenn der Berater des Käufers von dem Verkäufer eine Provision verlangt und dieser darauf den Kaufpreis um den Betrag dieser an den Berater des Käufers zu zahlenden Provision erhöht, um den Berater des Käufers für sich zu gewinnen, so handelt auch der Verkäufer gegen die guten Sitten und ist dem Käufer schadensersatzpflichtig.

δ. **RG.** SächsRpflA. **10** 212, JW. **10** 331, DJZ. **10** 537. Ausnutzung eines Irrtums beim Kaufe als Verstoß gegen die guten Sitten.

h) Haftung der Ehefrau für Arztkosten.

Wasser, DJZ. **10** 405 ff. Wenn die zahlungskräftige Frau unter Verschweigung der Zahlungsunfähigkeit des Mannes in dem Bewußtsein, daß der Arzt von diesem sein Honorar nicht erlangt, ihn zuzieht, hat sie das Bewußtsein der vermögensrechtlichen Schädigung des Arztes und haftet deshalb nach § 826 BGB. Vgl. hierzu Asch DJZ. **10** 759 und Friedländer ebd. 760, der eine die Haftung der Ehefrau des unvermögenden Mannes aussprechende Entscheidung des LG. II Berlin und des LG. III Berlin mitteilt.

i) **RG.** JW. **10** 18, DJZ. **10** 256 (s. o. Ziff. **1 c**). Ein Arzt, der ein Gutachten über den Geisteszustand eines anderen Menschen abgibt, ohne daß er sich die genügenden Unterlagen für sein Gutachten verschafft, handelt fahrlässig und verstößt zugleich gegen die guten Sitten.

k) **RG.** SächsRpflA. **10** 334, GruchotsBeitr. **54** 972. Daß jemand stillschweigend fremdes Gut, das ihm durch Zufall oder durch ein Versehen zugeführt wird, sich aneignet, für sein Geschäft verwendet und den Erlös seinem Vermögen zuführt, ohne dem Berechtigten oder einer beteiligten Person von dem Zufall oder Versehen Kenntnis zu geben, ist eine Handlung wider die guten Sitten.

l) **RG.** JW. **10** 706. Beim Wettlaufe gefährdeter Gläubiger wird, wenn dabei obligatorische Rechte eines Mitgläubigers wissentlich verletzt werden, von der Anwendung des § 826 BGB., den vielfach derjenige anzurufen pflegt, der selbst auf Kosten der übrigen als erster das Ziel zu erreichen gesucht hatte, nur mit Vorsicht und Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden dürfen.

m) **RG.** R. **10** Nr. 511. Darin, daß ein Schuldner seine — Zugriffsobjekte für seine Gläubiger schaffende — Tätigkeit aufgibt und seine Arbeitskraft unentgeltlich oder gegen ein seinen Gläubigern nicht zugängliches Entgelt in den Dienst eines anderen stellt, ist ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht zu finden.

n) SchlHolstAnz. **10** 167 (Kiel). § 826 findet keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer, dessen Lohn beschlagnahmt werden soll, Herabsetzung des Lohnes vereinbart.

o) **RG.** BankA. **9** 365, R. **10** Nr. 71. Hat der Zedent einer Hypothekenforderung wider besseres Wissen die Güte und Einbringlichkeit der Hypothekenforderung versichert und dadurch den anderen Teil zur Übernahme der Hypothekenforderung bestimmt, so ist, auch wenn die Gewährleistung für die Einbringlichkeit der Forderung vertraglich ausgeschlossen wurde, der Zedent bei einem Ausfalle der Hypothek zum Schadensersatze verpflichtet.

p) **RG.** R. **10** Nr. 1574. Wer ein dingliches Recht in den für die Begründung oder Übertragung eines solchen Rechtes vorgeschriebenen Formen erwirbt, wird auch dann rechtmäßiger Inhaber des Rechtes, wenn ihm beim Erwerbe bekannt gewesen ist, daß sein Vormann einem Dritten gegenüber persönlich zur Begründung oder Übertragung ebendesselben Rechtes oder zur Nichtverfügung über das Recht verpflichtet war und daher die dem zuwider von dem Vormanne vorgenommene Übertragung oder Verfügung über das Recht eine Verletzung des dem Dritten gegen den Vormann zustehenden persönlichen Anspruchs enthält. Nur dann, wenn der Veräußerer und Erwerber komplottmäßig zu dem Zwecke zusammenwirken, damit dem Dritten

Schaden zugefügt werde, kann eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB. angenommen werden.

q) **RG.** SeuffBl. **10** 711, SchlHolstAnz. **10** 89, BayRpflZ. **10** 215, JW. **10** 243, DJZ. **10** 705. Die Haftung eines Kaufmanns, dessen Angestellte gefälschte Wechsel in Umlauf gesetzt haben, ist nicht aus der Vorschrift der §§ 823 und 826 zu begründen (vgl. OLG. **20** 252 Kiel u. JDR. **8** § 823 Ziff. 8 k γγ.).

r) HessRspr. **11** 98 (LG. Darmstadt). Verstoß gegen die guten Sitten durch Eintragung von Zwangshypotheken.

s) **RG.** LeipzZ. **10** 143 = JDR. 8 § 826 Ziff. 17 m.

t) **RG.** R. **10** Nr. 1951. Das RG. bezeichnet die Annahme als sehr bedenklich, daß in der Weitergabe eines behufs Erfüllung eines rechtlich nicht verbindlichen Schuldversprechens — Lohnversprechen für Ehevermittlung — gegebenen Wechsels durch den Wechselnehmer an einen Dritten schon an sich ein den guten Sitten widerstreitendes Verhalten zu finden sei. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt aber jedenfalls dann vor, wenn die Weitergabe des Wechsels erfolgte, wiewohl der Wechselnehmer wußte, daß die der Hingabe des Wechsels zugrunde gelegte Voraussetzung nicht erfüllt war.

u) HansGZ. **10** Beibl. 224 (Hamburg). Es ist ein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand einem insolventen Schuldner wissentlich Beistand leistet, seine Gläubiger um ihr Geld zu bringen.

v) **RG.** BankA. **9** 365. Hat der Zedent einer Hypothekenforderung wider besseres Wissen die Güte und Einbringlichkeit der Hypothekenforderung versichert und dadurch den anderen Teil zur Übernahme der Hypothekenforderung bestimmt, so ist, auch wenn die Gewährleistung für die Einbringlichkeit der Forderung vertraglich ausgeschlossen wurde, der Zedent bei einem Ausfalle der Hypothek zum Schadensersatze verpflichtet.

w) SchlHolstAnz. **10** 58 (Kiel). Verstoß gegen § 826, wenn der Leiter eines Baues bei ausgeschriebener Submission dem einen Bieter das Gebot seines Konkurrenten mitteilt und ihn dadurch veranlaßt, ein niedrigeres Gebot als beabsichtigt abzugeben, worauf dieser vom Bauherrn, dem der Bauleiter hierüber nichts sagt, den Zuschlag erhält.

x) P r e i s u n t e r b i e t u n g (JDR. 8 § 826 Ziff. 17 v; **7** Ziff. d α; **6** Ziff. 16 e). **RG.** BayRpflZ. **10** 216, LeipzZ. **10** 294, ZIndR. **5** 70, R. **10** Nr. 901. Darin, daß ein Händler — Warenhaus — Markenartikel zu niedrigeren als den von den Fabrikanten festgesetzten Mindestpreisen verkauft, liegt an sich noch kein Verstoß gegen die guten Sitten; ein solcher liegt dagegen vor, wenn der Händler sich durch Täuschung seines Verkäufers in den Besitz der Waren gebracht hatte oder sich zur Einhaltung des Mindestpreises verpflichtet hat. — F i n g e r, UnlW. **9** 182. Über Preisschleuderei im Buch- und Kunsthandel.

§ 828. 1. **RG.** JW. **10** 810. § 828 geht davon aus, daß ein neunjähriges Kind im Zweifel die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitze, und zwar nicht bloß, wie auch das LG. anzunehmen scheint, bei a b s i c h t l i c h e n Beschädigungen, sondern auch bei solchen, die nur aus Fahrlässigkeit zugefügt werden. Es müssen immer erst besondere Gegengründe dargelegt werden, wenn davon abgegangen werden soll; Gegengründe, bei denen auch die Individualität des Jugendlichen eine Rolle zu spielen hat. Hier hat aber das OLG. nur deswegen den Anspruch abgewiesen, weil ein neunjähriger Knabe g e w ö h n l i c h noch nicht diejenige geistige Reife habe, um einsehen zu können, daß er seine Spielkameraden einer solchen Gefahr, wie sie im Werfen mit Steinen liege, nicht aussetzen dürfe; eine Annahme, die zudem mit der allgemeinen Lebenserfahrung im Widerspruche steht. Solange also der Beklagte zu 1 nicht besondere Gründe für das Gegenteil beibringt, ist von seiner Verantwortlichkeit auszugehen.

2. HansGZ. **10** Beibl. 189 (Hamburg). Der Bekl. muß die besonderen Umstände, aus denen der Mangel seiner Einsicht hergeleitet werden soll, behaupten und beweisen (**RG. 51** 32, JW. **06** 680, **08** 522). Anwendbarkeit des § 254 im Falle des § 828.

3. **RG.** JW. **10** 37. Für das Fehlen der im § 828 Abs. 2 erforderten Einsicht ist der Kläger (Verletzte) behauptungs- und beweispflichtig. Über Berücksichtigung der mehr oder minder entwickelten Verstandesreife und Erfahrung für die Bewertung des Verschuldens dem Grade nach (im Hinblick auf § 254).

§ 829. 1. **RG.** JW. **10** 811. Der § 829 kommt erst dann in Frage, wenn nach § 827 oder § 828 die Verantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen ist. Die Ansicht, wonach § 829 in den Fällen des § 830 Abs. 1 Satz 2 unanwendbar sein soll, kann nicht gebilligt werden. Aus der ausdrücklichen Nennung der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle im § 829 wird zwar mit Recht gefolgert, daß dieser auf andere Arten unerlaubter Handlungen (z. B. §§ 831, 836, 839) nicht analog anzuwenden sei; aber bei § 830 stehen zunächst gerade die ersteren Fälle in Frage (vgl. auch Neumann, Handausgabe des BGB., I 618 Bem. 6 zu § 829), und wenn es auch richtig sein mag, daß streng genommen jener Satz 2 eine ganz besondere Art von unerlaubter Handlung einführt, so ist doch die Meinung des Gesetzes offenbar die, daß dieser Fall als ganz gleichartig mit dem des Satzes 1 gelten soll.

2. **RG.** BayRpflZ. **10** 383, R. **10** Nr. 3343. Steht noch nicht fest, ob sich in der Zukunft Billigkeitsgründe ergeben werden, welche eine Anwendung des § 829 rechtfertigen können, so kann doch, wenn im übrigen die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung gegeben sind, schon eine Feststellungsklage erhoben werden.

§ 830. S. u. § 840. — GruchotsBeitr. **54** 393 f. JDR. **8** § 830 Ziff. 2.

§ 831. 1. Warschauer, DJZ. **10** 1294 ff. Die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB. ist eine solche für eigenes, nicht für fremdes Verschulden. Eigenes Verschulden ist aber nicht denkbar ohne ursächlichen Zusammenhang zwischen der schuldhaften Handlung oder Unterlassung und dem zum Schadensersatze verpflichtenden Ereignisse. Man wird also, um die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB. festzustellen, für vorliegend erachten müssen die Kausalität zwischen dem konkreten Fehler des Gehilfen und der mangelnden Auswahl oder Aufsicht des Geschäftsherrn; der Geschäftsherr haftet nicht, wenn gerade die Handlungsweise des Gehilfen im konkreten Falle vom Geschäftsherrn nicht vorausgesehen werden konnte, selbst wenn dieser im übrigen eine culpa in eligendo oder in custodiendo gezeigt hat.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 985, JW. **10** 653 (vgl. JDR. **8** § 831 Ziff. 1). Der § 831 stellt eine Vermutung für Verschulden des Geschäftsherrn eben nur für den Fall auf, wenn der zur Verrichtung Bestellte in Ausführung gerade dieser Verrichtung Schaden gestiftet hat. Liegt dieser Tatbestand nicht vor, so gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die der §§ 276, 823 BGB., nach denen dann freilich der Geschädigte den Beweis zu führen hat, daß durch ein schuldhaftes Handeln oder Unterlassen des Herrn bei der Bestellung die Schadenszufügung verursacht worden ist. Eine Haftbarkeit dieser Art ist rechtlich selbst in solchen Fällen denkbar, wenn der Angestellte aus eigenem freien Willen einen Dritten vorsätzlich schädigt (z. B. wenn der Dienstherr in Kenntnis der diebischen Neigung seines Angestellten diesen zu einem Geschäft und an einem Orte verwendet, wo er günstige Gelegenheit zum Stehlen findet, oder wenn der Meister einen notorisch händelsüchtigen Gesellen zu einer Verrichtung entsendet, die besonders geeignet ist, diesem Anlaß zu Ausschreitungen zu gewähren). Um so mehr ist es gerechtfertigt, denjenigen für den Schaden verantwortlich zu machen, der zu einem Geschäft einen geistig unfreien Menschen, einen Geisteskranken verwendet, bei dem von vornherein in Rechnung zu nehmen ist, daß er aus Anlaß der ihm anvertrauten Funktion Unheil anrichten könne. Die in der allgemeinen

Lebenserfahrung begründete Vorhersehbarkeit einer Schadensfolge ergibt diesfalls auch einen adäquaten Kausalzusammenhang.

3. **RG.** JW. **10** 652. Es ist, um die Anwendung des § 831 BGB. herbeizuführen, nicht notwendig, daß die den Schaden unmittelbar verursachende körperliche Handlung selbst dem Bestellten aufgetragen worden war, oder daß sie „instruktionsmäßig" gewesen ist. Es genügt, wenn die schädigende Handlung in den Kreis derjenigen Maßnahmen fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen. Eine willkürliche oder irrtümliche Überschreitung der Grenzen des Auftrags stellt die schädigende Handlung noch nicht immer außerhalb jenes Kreises; andererseits kann nicht zugegeben werden, daß die irrtümliche Annahme des Täters, er handle in Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtung, an sich genüge, um den Tatbestand des § 831 BGB. zu erfüllen. Ob die unter dem Einfluß eines derartigen Irrtums vorgenommene Handlung noch in dem vom Gesetze verlangten inneren Zusammenhange mit der Verrichtung steht, wird nur im Einzelfalle nach den konkreten Verhältnissen, namentlich der Art und dem Zwecke der aufgetragenen und der vom Bestellten tatsächlich vorgenommenen Manipulationen, mit Sicherheit beurteilt werden können. Jedenfalls scheiden aus dem Haftbereiche des Geschäftsherrn solche Handlungen aus, die objektiv der dem Bestellten zugewiesenen Funktion ganz fremd sind und zur Vollziehung des Auftrags gar nicht dienen konnten. Im vorliegenden Falle nun handelt es sich nicht um den Irrtum oder den Exzeß einer mit freier Willensbestimmung sich betätigenden Person, sondern um die Tat eines Geisteskranken.

4. a) **RG.** R. **10** Nr. 903, DJZ. **10** 370. Von der Bestellung zu einer Verrichtung im Sinne des § 831 BGB. kann nur da gesprochen werden, wo der Besteller die erforderlichen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtung zu erteilen hat und diesen vom Bestellten folge zu leisten ist, dieser also bei der Ausführung der Verrichtung vom Willen des Bestellers abhängig bleibt, nicht dagegen, wo der Bestellte — z. B. ein Bauunternehmer, dem die selbständige Ausführung eines Baues übertragen ist — nach eigenem Ermessen handeln und das vornehmen soll, was er auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung für zweckmäßig hält.

b) **RG.** JW. **10** 747, LeipzZ. **10** 773. Die Stellung eines Geschäftsherrn im Sinne von § 831 BGB. kommt dem Besteller nur dann zu, wenn er die erforderlichen Anordnungen zu erteilen hat, wenn diesen von dem Bestellten folge zu leisten ist, letzterer also bei der Ausführung der ihm aufgetragenen Handlung von dem Willen des Bestellers abhängig ist. Ein selbständiger Handwerker, der in Erfüllung eines abgeschlossenen Werkvertrags tätig wird, und seine Arbeiter sind nicht Angestellte des Bestellers im Sinne des § 831 BGB. An dieser Auslegung des § 831 BGB. hat das RG. auch in der bisherigen Rechtsprechung festgehalten. (So im Urteile vom 15. Juni 1908 VI 351/07; Urteil des V. ZS. JW. **09** 416[13]; R. **09** Nr. 2823, ebendort **10** Nr. 903).

c) **RG.** SeuffA. **65** 102 = JDR. **8** § 831 Ziff. 4.

5. **RG. 73** 434, LeipzZ. **10** 685, JW. **10** 753. Die Erwägung, daß die Verrichtungen im Sinne des § 831 BGB. nicht auf tatsächliche Verrichtungen beschränkt sind, sondern auch Rechtshandlungen zum Gegenstande haben können, entspricht der herrschenden Rechtsauffassung. Namentlich kann die Verrichtung bestehen in dem Auftrage zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts. Auch braucht die Tätigkeit des Beauftragten nicht untergeordneter Art zu sein. Insbesondere kann derjenige, dem der Auftraggeber es im allgemeinen überlassen hat, Geschäfte nach eigener Entschließung zu vermitteln oder abzuschließen, auch zu den einzelnen im Rahmen des allgemeinen Auftrags liegenden Handlungen als bestellt angesehen werden, sofern diese nur inhaltlich mit der Ausführung des Auftrags in innerem Zusammenhange

stehen und nicht bloß bei Gelegenheit der aufgetragenen Verrichtung vorgenommen werden.

6. **RG.** R. **10** Nr. 1954. Unter Verrichtung im Sinne des § 831 BGB. ist die konkrete Verrichtung zu verstehen, in deren Ausführung der Schaden verursacht ist.

7. Bestellung zu selbständiger Ausführung (JDR. 8 § 831 Ziff. 5).

a) **RG.** JW. **10** 748. Wenn jemand die selbständige Arbeit einem Handwerker oder Baumeister anvertraut, dessen Untüchtigkeit für die betreffende Verrichtung bekannt oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbar war, so kann er sich für den durch einen solchen Bestellten angerichteten Schaden haftbar machen; zwar nicht nach § 831 BGB., wohl aber nach § 823 BGB. In diesem Falle liegt jedoch namentlich die Beweislast anders als in dem Falle des § 831 BGB. Zur Begründung des Anspruchs aus § 823 BGB. hätte der Kläger darzutun, daß dem Beklagten bei Auswahl des Bestellten eine Fahrlässigkeit zur Last fällt und daß hierdurch der Schaden verursacht worden ist.

b) SchlHolstAnz. **10** 187 (Kiel). Bestellung zu einer Verrichtung i. S. des § 831 liegt nicht vor, wenn die Ausführung der Arbeit dem Beauftragten nach selbständigem Ermessen überlassen ist.

c) **RG.** JW. **10** 11. Bei Selbständigkeit des Unternehmers ist § 831 nicht anwendbar (**RG. 51** 200). — Aufsichtspflicht einer Stadtgemeinde bei Einrichtung einer Kanalisation.

8. Huber, DJZ. **10** 479. Bei Besorgung von Haushaltungsgeschäften durch die Frau liegt keine Bestellung zu einer Verrichtung im Sinne des § 831 BGB. durch den Mann vor. Die Frau ist Vertreterin des Ehemanns in der Leitung des Haushalts (§§ 1356 ff.); dementsprechend muß er Dritten gegenüber für den Schaden haften, der diesen durch widerrechtliche Handlung der Frau bei Erledigung häuslicher Pflichten entstanden ist.

9. **RG.** JW. **10** 333. Als schädigende Handlung im Sinne von § 831 gilt auch die Unterlassung einer auftrags- oder pflichtgemäß vorzunehmenden Tätigkeit.

10. Beweis und Gegenbeweis (JDR. 8 § 831 Ziff. 11; **7** Ziff. 10; **6** Ziff. 9; **5** Ziff. 7; **4** Ziff. 5; **3** Ziff. 3).

a) *Carlebach, Der Entlastungsbeweis des § 831 BGB. in der Rechtsprechung. Die strengsten Anforderungen bezüglich des Nachweises der Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit von Gehilfen sind an die Unternehmer des Bau- und Transportgewerbes zu stellen, weil diese, meist in der Öffentlichkeit ausgeübt, die größten Gefahren für das Publikum bringen, zumal die Schädigenden hauptsächlich niedriggestellte, daher zahlungsunfähige Leute sind (§ 8). — Bei der Bestellung mehrerer Personen zu einer Verrichtung muß man unterscheiden, ob durch den zuerst Bestellten eine weitere Bestellung stattgefunden hat, oder ob der Geschäftsherr selbst mehrere Personen mit der Ausführung der Verrichtung betraute (§ 9). (Für letzteren Fall grundlegende **RG.** RheinA. **102** II 10.) — Falls eine Leitungspflicht besteht, was der Geschädigte nachzuweisen hat, handelt es sich um die Leitung der konkreten Verrichtung. § 831 verlangt nicht den Nachweis gehörig geübter Kontrolle (§ 14). Ist nach der Art des Betriebs von dem Geschäftsherrn eine allgemeine Aufsichts- und Kontrollpflicht zu verlangen, so kann deren Vernachlässigung nur als eine Fahrlässigkeit nach § 823 BGB. in Betracht kommen, deren Nachweis dem Geschädigten obliegt. — Der Nachweis des mangelnden Kausalzusammenhanges kann von dem Geschäftsherrn sowohl mit Rücksicht auf den Hergang des schädigenden Ereignisses als auch bezüglich seiner Auswahlpflicht geführt werden, wenn er nachweist, daß er bei

aller — tatsächlich nicht angewandten — Sorgfalt dieselbe Person bestellt hätte, weil diese objektiv geeignet war (§§ 15, 16).

b) **RG.** R. **10** Nr. 315. Ein Geschäftsherr hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl des mit einer Verrichtung Beauftragten, auch wenn dieser sonst tüchtig und zuverlässig ist, nicht beobachtet, wenn er bei verständiger Erwägung erkennen muß, daß der Beauftragte, von seiner bisherigen Arbeit ermüdet, nicht mehr die für die neue Verrichtung erforderliche Frische und Geistesgegenwart hat.

c) **RG.** R. **10** Nr. 2544. Ein ausreichender Entlastungsbeweis kann angenommen werden, wenn in einer Auskunft der Polizeibehörde bescheinigt wird, daß der zu der Verrichtung — Aufführung eines gewöhnlichen Wohnhauses — Bestellte bis dahin allgemein als zuverlässig und tüchtig gegolten habe.

d) HansGZ. **10** Beibl. 19 (Hamburg). Der Entlastungsbeweis des § 831 braucht nur hinsichtlich des Betriebsleiters, der die Arbeiter beaufsichtigte, geführt zu werden, nicht hinsichtlich des Arbeiters, der die den Schaden herbeiführende Arbeit selbst ausgeführt hat (**RG.** JW. **06** 547).

e) R. **10** Nr. 3498 (Hamburg). Den hier vorgeschriebenen Entlastungsbeweis kann der Geschäftsherr auch dadurch führen, daß er nachweist, daß er bei der Auswahl des Betriebsleiters, welcher den Täter angestellt hat, sorgfältig gewesen ist. Eines weiteren Beweises, daß auch der Betriebsleiter bei der Auswahl des Angestellten sorgfältig war, bedarf es dann nicht mehr.

f) **RG.** R. **10** Nr. 1576. Auch wenn der Hausbesitzer seinem Mieter einen Auftrag zum Streuen bei Eisglätte nicht gegeben hat, so kann er sich gleichwohl durch ihn entlasten, wenn die Eisglätte infolge des dem Mieter obliegenden Scheuerns entstanden ist.

g) **RG.** R. **10** Nr. 904. Ein $18^1/_2$jähriger, als Schlosser ausgebildeter Landwirtssohn ist nicht ohne weiteres zur selbständigen Leitung eines Maschinendreschbetriebs geeignet.

h) R. **10** Nr. 3344 (Hamburg). Eine Brauerei, die einen Bierfahrer anstellt, von dem sie weiß, daß er von seinen Fahrten dann und wann betrunken nach Hause gekommen ist, kann den ihr obliegenden Entlastungsbeweis, daß sie bei der Auswahl des Bierfahrers erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, nicht führen.

11. Personenkreis (JDR. **8** § 831 Ziff. 10; **7** Ziff. 9; **6** Ziff. 8; **5** Ziff. 6; **4** Ziff. 2; **3** Ziff. 2; **2** Ziff. 2; **1** Ziff. 5, 6).

a) BayRpflZ. **10** 290 (Nürnberg). Bezirksbaumeister als verfassungsmäßiger Vertreter einer Distriktsgemeinde.

b) EisenbE. **26** 289 (Rostock). Der Lokomotivführer gehört zu denjenigen Personen, welche von den die Eisenbahn vertretenden Organen zu den Verrichtungen, die der Betrieb mit sich bringt, bestellt werden.

12. § 831 und § 278.

RG. R. **10** Nr. 294. Eine Gemeinde, die ein öffentliches Schlachthaus den Interessenten zur Verfügung stellt, steht, auch wenn sie für die Benutzung eine Abgabe erhebt, zu den Besuchern nicht in einem Vertragsverhältnisse. Sie haftet bei einem einem Besucher zugestoßenen Unfalle wegen eines Verschuldens ihrer Schlachthausangestellten nicht aus § 278, sondern lediglich aus § 831.

13. **RG.** JW. **10** 111. Einem tüchtigen und zuverlässigem Polier können bestimmte Geschäfte am Baue zu selbständiger Ausführung anvertraut werden, ohne daß der Baumeister oder Bauleiter ihm hierüber immer spezielle Anweisungen erteilen oder seine Tätigkeit jederzeit kontrollieren müßte. Zu solchen Geschäften gehört auch die Vorkehrung der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln bei einer Ausschachtung. Da freilich, wo der Bauleiter mit ungewöhnlichen, eine besondere Vorsicht erheischenden Verhältnissen von vornherein zu rechnen hat, wird er Veranlassung haben, dem Polier

entsprechende Anweisungen zu erteilen oder persönlich auf der Baustelle nach dem Rechten zu sehen.

14. Einzelne Fälle (JDR. **8** § 831 Ziff. 13; **7** Ziff. 11; **6** Ziff. 10; **5** Ziff. 9; **4** Ziff. 6; **3** Ziff. 5; **2** Ziff. 5).

a) *Eckstein, Archiv für Militärrecht **10** 281/2. Für den vom Krümperfuhrwerk angerichteten Schaden haftet die aus dem Militärfiskus und dem nichtrechtsfähigen Vereine der Offiziere bestehende Gesellschaft (nicht, wie von Hempel, DJZ. **07** 1023, meint, nur der Militärfiskus).

b) **RG.** R. **10** Nr. 693. Wenn eine Verwaltung mit der Leitung einer gefährlichen Arbeit — Spannung von Drähten über Straßen durch die Postverwaltung — einen einfachen, wenn auch an sich tüchtigen und zuverlässigen Telegraphenarbeiter beauftragt und durch die von diesem getroffenen Maßnahmen ein Unfall herbeigeführt wird, so ist die Verwaltung haftbar.

c) R. **10** Nr. 694 (Frankfurt). Die von einer Viehverwertungsgesellschaft zur Ausladung von Eisenbahn-Viehtransporten angestellten Arbeiter handeln in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen, wenn sie irrtümlich eine nicht für ihre Auftraggeberin bestimmte Ladung ausladen.

d) **RG.** BayRpflZ. **10** 178, EisenbE. **26** 433, R. **10** Nr. 1381. Wenn die Postbehörde jugendliche Radfahrer zur Bestellung eiliger Depeschen verwendet, so muß sie sich Gewißheit darüber verschaffen, ob sie diese Verrichtung in geeigneter, nicht gefahrbringender Weise ausführen.

e) R. **10** Nr. 1735 (Rostock). Der Dienstherr haftet nicht unbedingt für den Schaden, den jemand dadurch erlitten hat, daß er über eine von dem Dienstmädchen auf den Hausflur gelegte Fußmatte gefallen ist, auch wenn den Verletzten ein eigenes Verschulden nicht trifft.

f) Sorgfalt bei der Auswahl eines Chauffeurs (JDR. **8** Ziff. 13c; **7** Ziff. 11f; **6** Ziff. 10d; s. o. § 823 Abs. 1, Ziff. 8 zu Ziff. 2.

α. **RG.** JW. **10** 105. Auswahl eines Chauffeurs. Genügende Sorgfalt ist beobachtet, wenn der Automobilbesitzer den Chauffeur im Fahren und Handhaben von Kraftwagen hat ausbilden lassen und der Chauffeur dann eine Prüfung vor einem zur Abnahme einer solchen amtlich berechtigten Ingenieur abgelegt hat, als deren Ergebnis völlige Vertrautheit mit Kraftfahrzeugen bescheinigt ist. Auch die Zuverlässigkeit des Chauffeurs ist festgestellt.

β. R. **10** Nr. 1736, OLG. **20** 261 (Braunschweig). Zur sorgfältigen Auswahl eines Chauffeurs ist grundsätzlich außer dem schriftlichen Dienstzeugnisse die unmittelbare Erkundigung bei dem früheren Dienstherrn zu erfordern.

γ. HansGZ. **10** Beibl. 52 (Hamburg). Entlastungsbeweis bezüglich der Auswahl des Chauffeurs.

g) SeuffA. **65** 15 (Celle). Über die Haftung des Eigentümers eines Automobils für den Schaden, wenn sein Wagenführer einem anderen mit ihm fahrenden Führer die Steuerung überlassen hatte.

h) OLG. **20** 262 (Hamburg). Sorgfalt in der Auswahl eines Kutschers.

i) Vgl. Kahn ABürgR. **34** 350 ff. zu § 254.

§ 832. 1. *Klein, SeuffBl. **10** 420—2, knüpft an die Entscheidung des RG. VI, vom 23. November 1908, **RG. 70** 48—52 und Strupps Aufsatz, SeuffBl. **10** 315—7, einige Bemerkungen an.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1578 Der Lehrer an einer öffentlichen Volksschule gilt kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über seine minderjährigen Schüler während des Unterrichts als verpflichtet. Er hat daher für den Schaden einzustehen, den ein Schüler einem anderen während des Unterrichts widerrechtlich zufügt, sofern zwischen der Schädigung und dem Verhalten des Lehrers, in welchem das Gesetz ein Verschulden

vermutet, ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Dem Lehrer bleibt aber immer der Beweis seiner Schuldlosigkeit offen.

3. **RG.** WarnE. **10** 60. Ein fünfjähriges Kind ist noch nicht erzogen und bedarf daher um so mehr der Beaufsichtigung; bei dem Sohn des Beklagten war dies besonders der Fall, wenn er einen überaus starken Hang zum Werfen mit Steinen nach Menschen gezeigt und dies dem Beklagten bekannt gewesen sein sollte. Es darf unbedenklich angenommen werden, daß der beklagte Vater die Aufsicht über das Kind seiner Frau überlassen durfte; immerhin bleibt die Frage offen, ob er im allgemeinen diejenige Sorgfalt auf die Aufsicht verwendet hat, die geeignet ist, Gefahren für Dritte zu verhüten, und dies würde sogar zu verneinen sein, wenn er, wie der Kläger unter Beweisantritt behauptet hat, von der gefährlichen Neigung des Kindes Kenntnis gehabt hat, ohne ihr entgegenzutreten.

4. **RG.** R. **10** Nr. 72. Der Vater haftet nicht für den Schaden, den sein ordentlich erzogener 18 jähriger Sohn durch einen Schneeballwurf anrichtet.

§ 833. 1. Fürst, JW. **10** 571 ff. Die Haftung des Tierhalters ist eine solche aus unerlaubter Handlung; sie hat sich daher nach den allgemeinen für solche Haftung geltenden Grundsätzen zu richten und kann mithin als Haftung für den Tierhüter nur eine solche im Umfange des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. sein.

2. Josef, R. **10** 770 ff., gegen OLG. **20** 272 (Frankfurt) s. u. Ziff. 7c. Die Tierhalternovelle findet auch auf den Händler mit Haustieren Anwendung.

3. SächsRpflA. **10** 286 (LG. Dresden). Schadenszufügung durch freifliegende Tauben des Nachbars. Anspruch auf Unterlassung. Fall, in welchem angenommen wurde, daß Tauben nicht bestimmt sind, der Erwerbstätigkeit, dem Berufe oder Unterhalte des Beklagten zu dienen.

4. Fürnrohr, JW. **10** 95. Im Falle der Haltung eines Haustiers ist, wenn die Aufsicht einem Tierhüter übertragen und während der Dauer derselben eine willkürliche Verletzung eines Dritten durch das Tier vorgekommen ist, dem Tierhalter die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 hinsichtlich der Auswahl des Tierhüters nur dann zuzubilligen, wenn der Unfall nicht durch eine Verletzung derjenigen Pflichten des Tierhalters verschuldet ist, die demselben neben der Bestellung eines geeigneten Tierhüters als weitere Bestandteile der Beaufsichtigungspflicht noch zustehen.

5. Begriff des Tierhalters (JDR. **8** § 833 Ziff. II 2; **7** Ziff. 1; **6** Ziff. 2; **5** Ziff. 1).

a) **RG.** JW. **10** 706. ZVersWes. **10** 467. Der Begriff der Tierhalterschaft im Sinne des § 833 BGB. deckt sich nicht mit dem Eigentum an dem Tiere; es kam wesentlich darauf an, wer in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Pferd bis zum in Betracht kommenden Zeitpunkt übernommen hatte.

b) **RG.** BayRpflZ. **10** 429, R. **10** Nr. 2825. Dadurch, daß der Tierbesitzer das Tier einem anderen zur Wartung und Pflege übergibt, hört er nicht auf, der Tierhalter zu sein.

c) OLG. **20** 275, SeuffBl. **10** 42 (München). Der Vater und Haushaltungsvorstand ist Tierhalter des von dem Sohne angeschafften Luxushundes. Die Haftung ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Sohn den Hund spazieren führte, als der Unfall sich ereignete.

d) SchlHolstAnz. **10** 329 (Kiel). Halten eines Wachhundes, der von dem Leiter der Filiale eines Geschäftshauses zur Bewachung des Geschäfts angeschafft ist, ist sowohl dieser Geschäftsleiter als auch der Eigentümer dieses Geschäfts.

e) **RG.** JW. **10** 470, PosMschr. **10** 55, EisenbE. **27** 69. Ein Posthalter, der nach dem mit der Postverwaltung abgeschlossenen Vertrage Wagen und Pferde selbst zu stellen hat, ist bezüglich der letzteren als Tierhalter anzusehen. Ob der zwischen der Postverwaltung und dem Posthalter abgeschlossene Vertrag als Werkvertrag

oder als Dienstvertrag (JW. **1900** 395 Nr. 16) oder wie sonst zu beurteilen ist, kommt es dabei nicht an.

f) **RG.** R. **10** Nr. 2546. Wenn der Käufer das im Stalle des Verkäufers stehende Pferd schon nach Verlauf weniger Minuten mitnehmen will, so bleibt bis dahin der Verkäufer Tierhalter.

g) OLG. **20** 273 (München). Wird ein Tier verkauft, bleibt es aber noch beim Verkäufer im Stalle stehen, so ist Tierhalter der Verkäufer,

h) HessRspr. **11** 57 (Darmstadt). Der berufsmäßige Transportführer (von Tieren) befördert das Tier nicht in seinem Interesse an einen anderen Ort, sondern in dem seines Auftraggebers. Der Transportführer mag wohl als Aufsichtsverpflichteter nach § 834 BGB. in Anspruch genommen werden können, als Tierhalter haftet er nicht. Tierhalter ist der Auftraggeber.

i) OLG. **20** 270 (Hamm). Als Tierhalter eines Polizeihundes ist die Polizeiverwaltung, d. h. der Staat, nicht die Stadt, angesehen worden.

k) OLG. **20** 274, SeuffA. **65** 150 (Cassel) s. JDR. 8 § 833 Ziff. II 2e.

l) OLG. **20** 271 (Celle). Hinsichtlich des Gespanns der Maschinengewehrabteilung, das Ende 1908 die Pferde des Klägers verletzte, ist Tierhalter der Reichsmilitärfiskus. Seine Dienstpferde sind auch als Haustiere im Sinne des G. v. 30. Mai 1908 anzusehen; durch die Zweckbestimmung dieser Pferde wird ihre Eigenschaft als Haustier nicht berührt. Die zum Dienste des Beklagten verwendeten Armeepferde sind aber auch dem Berufe des Militärfiskus zu dienen bestimmt.

6. Kausalzusammenhang (JDR. § 833 Ziff. II 3; **7** Ziff. 2; **6** Ziff. 4; **5** Ziff. 3; **4** Ziff. 7; **3** Ziff. 8; **2** Ziff. 8; **1** Ziff. 5 und 6; vgl. oben zu §§ 823 ff.).

a) **RG.** R. **10** Nr. 1958. Wenn beim Vorbeifahren an einem Gefährt, dessen Pferde in gerader Richtung der Leitung ihres Kutschers folgen, der Vorbeifahrende mit dem Vorderrade seines Wagens gegen das andere Gefährt anstößt und hierdurch ein Schaden entsteht, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der Schaden durch die Tiere des anderen Wagens verursacht worden ist.

b) **RG.** PosMSchr. **10** 7, JW. **10** 65, R. **10** Nr. 698. Auch wenn die durch einen Hundebiß entstandene Wunde ohne Nachteil in wenigen Tagen geheilt wäre und nur infolge der vom Verletzten grob fahrlässigerweise unterlassenen Zuziehung eines Arztes zu einer länger dauernden Erwerbsunfähigkeit geführt hat, ist der ursächliche Zusammenhang zwischen Hundebiß und Schaden nicht aufgehoben. Die grobe Fahrlässigkeit des Verletzten macht ihn aber zum hauptsächlichen Urheber des Schadens.

c) **RG.** R. **10** Nr. 695. Die Wirkung des Herrschaftswillens des Lenkers hört auf, wenn die in Bewegung befindlichen Pferde durch Schreck zum Vorwärtsdrängen veranlaßt werden.

d) **RG.** R. **10** Nr. 4086. Ein allgemeiner Grundsatz, daß von einem unter der Führung eines Menschen befindlichen Tier ein Schaden im Sinne des § 833 BGB. nur unter der Voraussetzung angerichtet werden könne, daß das Tier die menschliche Gewalt durchbrochen habe, ist nicht anzuerkennen. Wird ein Dritter von einem der Leitung des Führers folgenden Tiere verletzt, so kann allerdings das Erfordernis der Schadensverursachung durch das Tier entfallen; die hierfür maßgebenden Grundsätze treffen aber nicht ohne weiteres auf den Fall zu, daß der Führer selbst verletzt worden ist.

e) BadRpr. **10** 50 (Karlsruhe). Mag man unterstellen, daß die Pferde des Bekl. beim Anziehen schon scheuten und den Wagen gegen die Torflügel warfen, oder daß die schon scheu gewordenen Pferde etwa den Automaten umwarfen und diesen an das Hoftor stießen, oder daß der Wagen beim Herausfahren aus der Einfahrt mit dem Wagscheit den Automaten umwarf und die Pferde erst dann scheuten —, in dem

einen wie in dem anderen Falle rechtfertigt sich die Annahme eines Tierschadens nach § 833 BGB. in der alten (am 1. Juli 1907 geltenden) Fassung des Gesetzes.

f) RG. R. 10 Nr. 4085. Macht ein krankes Pferd aus freien Stücken eine Bewegung, um aufzustehen, und wirft sich dann plötzlich zur Seite und verletzt dabei einen Menschen, so haftet der Tierhalter.

g) SchlHolstAnz. 10 100 (Kiel). Schaden durch Übertreten des Viehes auf das Nachbargrundstück. Abweisung.

7. Zum Satz 2.

a) R. 10 Nr. 697 (Colmar). Der Satz 2 schließt die Haftung des Tierhalters nur dann aus, wenn er im Augenblick des Unfalls das Tier mit der erforderlichen Sorgfalt überwacht hat. Dagegen genügt es nicht zum Ausschluß der Haftung, wenn der Tierhalter nachweist, daß er kurze Zeit vor dem Unfall oder regelmäßig im allgemeinen seiner Aufsichtspflicht genügt habe.

b) OLG. 20 272 (Celle). Dem Wortlaut und dem Sinne des Satzes 2 ist zu entnehmen, daß man solche Personen hat schützen wollen, die in ihrem Berufe, ihrer Erwerbstätigkeit und zu ihrem Unterhalte Haustiere nicht entbehren können und gebrauchen. Solchen Personen wollte das Gesetz eine mildere Haftung zuteil werden lassen. Die Klasse von Personen, an die hierbei gedacht ist, gebraucht nun Haustiere nur um bestimmter Eigenschaften willen, die dem Tiere anhaften, und weil die Entfaltung dieser Eigenschaften dem Tierhalter nutzbringend ist. Bei einem Pferde würde es sich also um die Ausnutzung der Zug- oder Tragkraft oder auch um die Benutzung zu Zuchtzwecken handeln. Nur soweit daher der Tierhalter ein Haustier unter Ausnutzung der diesem Tiere anhaftenden besonderen Eigenschaften zu einer der genannten Zweckbestimmungen verwenden will, wird man im Sinne des § 833 davon sprechen dürfen, daß das Tier dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist. Zu einer solchen Zweckbestimmung des Haustieres wird es auch stets gehören, daß der Tierhalter das Tier für einen längeren Zeitraum sich halten will. Diese Auslegung stimmt auch mit der Entstehungsgeschichte überein. Hiervon ausgehend erscheint das Pferd des Beklagten, das den Kläger verletzt hat, nicht als ein Haustier, das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Beklagten zu dienen bestimmt war. Der Beklagte ist ein Pferdehändler, für ihn war das betr. Pferd nur Handelsware; es war von vornherein nach dem Erwerbe durch den Beklagten dazu bestimmt, alsbald weiter veräußert zu werden. Selbstverständlich wollte der Beklagte die dem Pferde anhaftenden Eigenschaften — durch Bemessung des Kaufpreises — für sich verwerten, auch in seiner Erwerbstätigkeit, aber nicht unter Entfaltung oder Verwendung dieser Eigenschaften, für sich zu dem besonderen Zwecke, für den diese Eigenschaften ihrer Natur nach gegeben sind und auf den sie hinweisen.

c) OLG. 20 273 (Frankfurt). Die Erwerbstätigkeit eines Viehhändlers besteht im Ankauf und Verkauf von Vieh. Dieser Erwerbstätigkeit dienen diejenigen Haustiere des Viehhändlers, die zur Förderung und Unterstützung bei der Ausübung der bezeichneten Tätigkeit verwendet werden, so das Pferd, das den Wagen zieht, auf dem das Vieh zum Markte gebracht wird. Das zur Veräußerung bestimmte Vieh selbst aber ist kein geschäftliches Hilfsmittel, sondern es bildet den Gegenstand des An- und Verkaufsgeschäfts. Es erscheint begrifflich ausgeschlossen, ein Stück Vieh, das selbst Objekt des der Tätigkeit des Viehhändlers zugrunde liegenden Handelsgeschäfts ist, als dieser Erwerbstätigkeit „dienend“ zu bezeichnen. Ebensowenig dient das zum Verkauf stehende Vieh des Händlers seinem „Unterhalt“. Diese Bezeichnung paßt z. B. auf die Milchkuh des Landwirts, der das Tier seiner Nutzungen wegen hält, nicht aber auf

das Vieh des Händlers, das nicht zum Selbstzweck gehalten, sondern das lediglich gekauft wird, um baldmöglichst wieder mit Gewinn verkauft zu werden. Daß endlich das Vieh des Händlers nicht bestimmt ist, seinem „Beruf" zu dienen, bedarf keiner Begründung. Wortlaut und Sinn des § 833 lassen daher eine Anwendung des Satzes 2 auf die Haftung des Viehhändlers nicht zu. Dem steht auch nicht entgegen, daß sowohl in der Begründung, als auch in den Verhandlungen des Reichstags hervorgehoben worden ist, daß das Gesetz lediglich scheiden wolle zwischen Luxustieren und solchen Tieren, die dem Wirtschaftsleben der Bevölkerung dienten, und daß nur im Hinblick auf die erstere Art zukünftig die strengere Haftung des § 833 Satz 1 Platz greifen solle. Denn hierbei ist offensichtlich nur an die Fälle gedacht worden, wo ein Haustier, im Gegensatze zu den bloßen Luxustieren, dem Tierhalter unmittelbar, sei es durch seine Dienste, sei es durch seine Nutzungen, zu dienen bestimmt ist. Die gegenteilige Ansicht (GruchotsBeitr. **53** 39), wonach der Schutz des Satzes 2 auch dem Viehhändler zugute komme, würde dazu führen, die Haftung für den von einem Luxustiere angerichteten Schaden verschieden zu beurteilen, je nachdem das Tier zur Zeit des Schadens von einem Viehhändler oder einem anderen gehalten worden ist. Eine solche verschiedenartige Behandlung kann aber unmöglich dem Sinne des Gesetzes entsprechen, welches gerade auf die Zweckbestimmung des Tieres das entscheidende Gewicht gelegt hat.

8. Tierhalterhaftung und Vertragsverhältnis.

a) **RG.** JW. **10** 579, ZVersWes. **10** 391, BayRpflZ. **10** 334, SächsRpfl. **10** 370, DJZ. **10** 825. Über den durch ein Tier verursachten Schaden bei Behandlung eines Pferdes durch einen Tierarzt.

b) OLG. **20** 277 (Dresden). Haftung für die Verletzung eines Maklers, der einem Kauflustigen im Auftrage des Verkäufers das zu verkaufende Pferd vorführt.

9. Ausschluß der Tierhalterhaftung (JDR. **8** § 833 Ziff. II 6; **7** Ziff. 5; **6** Ziff. 6; **5** Ziff. 5; **4** Ziff. 9; **3** Ziff. 10).

α. **RG.** R. **10** Nr. 3920. Bei Untersuchung der Frage, ob ein stillschweigender Verzicht auf die Tierhalterhaftung vorliegt, geht es nicht an, in Fällen, in denen der Fahrgast besondere die Fahrt zu einer gefährlichen machende Umstände (ungewöhnlich scheues Pferd) nicht kennt, eine durch Irrtum beeinflußte, wegen Irrtums anfechtbare Willenserklärung als abgegeben anzunehmen, vielmehr muß der Inhalt der Willenserklärung von der Grundlage aus gefunden werden, daß der die Erklärung Abgebende die wahre Sachlage kennt und verständig würdigt.

β. **RG.** R. **10** Nr. 696. Ein stillschweigender Verzicht auf die Haftung des Tierhalters bei einer Vergnügungsfahrt ist nicht anzunehmen, wenn der Verletzte nur mitgefahren ist, damit der Tierhalter eine Sicherheit dafür hatte, daß der Entleiher das Gefährt rechtzeitig zurückbringe.

γ. **RG.** PosMSchr. **10** 69, GruchotsBeitr. **54** 99, R. **10** Nr. 1579. Wer aus Gefälligkeit gegen den Tierhalter mit oder an einem Tiere eine Verrichtung vornimmt und dabei von dem Tiere verletzt wird, verliert den Anspruch auf Schadensersatz nicht deswegen, weil er aus Gefälligkeit gehandelt hat.

δ. **RG.** SeuffA. **65** 104 = JDR. **8** § 833 Ziff. 6b.

10. Mitwirkendes Verschulden (JDR. **8** § 833 Ziff. II 8; **7** Ziff. 8; **6** Ziff. 8; **5** Ziff. 6; **4** Ziff. 9 (s. o. § 254).

BadRpr. **10** 50 (Karlsruhe). Anwendung des § 833 bei Beschädigung durch einen mit Pferden bespannten Wagen.

BadRpr. **10** 81 (Karlsruhe). Anwendung des § 254.

§ 834. **RG.** R. **10** Nr. 2545. Wer die Aufsichtspflicht über ein Tier übernommen, hat, wenn er selbst von dem Tiere verletzt wird, gegen den Tierhalter einen Schadensersatzanspruch nur dann, wenn er beweist, daß ihn kein Verschulden trifft.

§ 836. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3921. Die Schadensfolge braucht nicht unmittelbar auf den Einsturz oder die Ablösung zurückzuführen zu sein. Immerhin muß es aber die bewegend wirkende Kraft des Einsturzes oder der Loslösung von Teilen sein, die die Verletzung herbeiführt.

2. R. **10** Nr. 2826 (Hamburg). Ist ein Gebäude infolge Abbruchs des Nebenhauses zusammengestürzt und dadurch jemand beschädigt, so haftet an sich der Eigentümer des zusammengestürzten Hauses für den Schaden. Er hat jedoch der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt genügt, wenn er von Zeit zu Zeit sein Grundstück auf seinen baulichen Zustand untersucht hat. Besondere Sicherungsmaßregeln wegen Abbruchs des Nachbarhauses zu treffen, war er, falls der Zustand seines Hauses dies nicht erforderte, nicht verpflichtet.

3. **RG.** R. **10** Nr. 906. Gegenüber der Tatsache, daß die Türklinke seit Jahren durch einen Nagel statt eines festen Verbindungsstiftes zusammengehalten wurde, kann der Hausbesitzer sich nicht damit entlasten, daß er die Türklinke jede Woche durch sein Dienstmädchen habe putzen lassen und nie etwas von einem ordnungswidrigen Zustand erfahren habe.

4. **RG.** R. **10** Nr. 905. Der Hausbesitzer ist nicht verpflichtet, bei einem erst $1^1/_2$ Jahre alten Hause die Dachfenster auf eine etwaige Schadhaftigkeit hin zu untersuchen.

5. **RG.** R. **10** Nr. 699. Für den Erwerber eines Hauses besteht, wenn hinsichtlich der Bausicherheit keine verdächtigen Zeichen hervorgetreten sind, für gewöhnlich keine Verpflichtung, alsbald nach der Übernahme des Hauses eine ins einzelne gehende Untersuchung des Gebäudes vornehmen zu lassen.

6. **RG.** R. **10** Nr. 907. Bei einem durch Loslösung einer Laufstange an einer Treppe verursachten Unfall braucht der Hausbesitzer zur Erbringung des Entlastungsbeweises nichts weiter zu beweisen, als daß er eine zuverlässige Person mit der Hausverwaltung beauftragt habe.

7. **RG.** R. **10** Nr. 1256. Ist durch den Einsturz eines Baugerüstes, das bereits einige Zeit sich in einem gefahrvollen Zustand befand, jemand verletzt, so genügt zum Ausschluß der Haftpflicht des Bauunternehmers nicht der Beweis, daß er einen ordentlichen und zuverlässigen Polier mit der Aufsicht über die Maurerarbeiten und Gerüste beauftragt habe.

8. OLG. **20** 256 (Frankfurt). Ein Brett, das nicht dem Bestimmungszwecke eines Gerüstes dienen soll, ist nicht Teil des Gerüstes geworden.

§ 837. **RG.** JW. **10** 653, PosMSchr. **10** 69. Wie bereits im **RG. 59** 8 ff. näher dargelegt ist, setzt § 837 zu seiner Anwendung einen Besitz voraus, der abgesondert von dem Besitz an dem Grundstück besteht und lediglich in Ausübung eines Rechtes betätigt wird. Hat deshalb, wie im Streitfalle, der Eigentümer das Grundstück einem Dritten verpachtet und ihm dabei den Besitz sowohl am Grundstücke selbst wie an den darauf anstehenden Baulichkeiten und vorhandenen Einrichtungen übertragen, so ist der in dieser Weise erlangte Besitz des Dritten an einem auf dem Grundstücke befindlichen Drahtzaun nicht Besitz in dem besonderen Sinne des § 837, gleichviel ob der Zaun seinerzeit vom Eigentümer selbst oder von einem früheren Pächter des Grundstücks errichtet worden war.

§ 839. 1. *Kraft, Haftpflicht der Justizbeamten, RheinA. **108**, 19—72. In Preußen haftet der Beamte für das Verschulden seines eigenmächtig gewählten Vertreters oder eigenmächtig hinzugezogenen Gehilfen nicht nur im Rahmen des § 831, sondern schlechthin (23). Die Gehorsamspflicht des Beamten hat ihre Grenze nicht schon in dem gesetzlichen Verbot der ihm von Vorgesetzten aufgetragenen Amtshandlung, sondern erst in der Strafbarkeit oder sittlichen Verwerflichkeit der Handlung; insoweit ist die Anordnung für den Beamten nicht verbindlich, der Beamte daher für sein Tun selbständig verantwortlich (24). Amts-

pflicht kann auch die Unterlassung oder Ablehnung einer äußerlich als Amtshandlung erscheinenden Tätigkeit sein, nämlich wenn diese Tätigkeit die sachliche oder örtliche Zuständigkeit des Beamten überschreitet (26). Erteilt ein Beamter eine in sein Fach schlagende Auskunft, so schließt der Umstand, daß er zu der Auskunft nicht verpflichtet war, die Haftung für die Unrichtigkeit der Auskunft nicht aus (27, 64). „Dritter" im Sinne des § 839 ist nicht nur der unmittelbar Beteiligte, sondern jeder Geschädigte, sofern die verletzte Amtspflicht derart ist, daß sie nicht lediglich gegenüber der Allgemeinheit in ihrer Gesamtheit, sondern in ihren einzelnen Mitgliedern besteht (28 ff., 65). Befreiungsgrund im Sinne des Abs. 1 Satz 2 ist nicht die Möglichkeit, wegen Ersatzes des von dem Beamten verursachten Schadens sich zunächst an den Staat zu halten (32). Die Auffassung, daß das Verhältnis des beurkundenden Notars zu seinem Auftraggeber lediglich vertraglicher Art sei und daher § 839 keine Anwendung finde, ist abzulehnen (40). Die Erteilung einer unrichtigen Auskunft ist vom Notar nicht nur, wenn sie die rechtliche Seite, sondern auch wenn sie die wirtschaftliche Seite des betr. Geschäfts betrifft, zu vertreten. Für den wirtschaftlichen Erfolg ist er nicht haftbar, wohl für den Rechtserfolg (45 ff.). Der Notar ist dafür haftbar, daß sein Bureauvorsteher die entgegengenommenen Anträge auf Vornahme eines notariellen Geschäfts an den Notar weiterleitet und die überreichten Urkunden ordnungsmäßig behandelt. Dasselbe gilt vom Gerichtsvollzieher (53, 67).

2. *Kraft, DJZ. **09** 1420. Das Privileg der Haftfreiheit des Spruchrichters gemäß Abs. 2 erstreckt sich auf jede tatsächliche und rechtliche Beurteilung in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit, also nicht nur auf „Urteile" im prozessual-technischen Sinne, sondern auch auf materiell das Urteil vorbereitende Entscheidungen sowie auf Urteilssurrogate (Strafbefehle, Vollstreckungsbefehle, Kostenfestsetzungsbeschlüsse) und sonstige eine Beurteilung erfordernde Entscheidungen (Arrestbefehle, einstweilige Verfügungen, Beschlüsse im Zwangsvollstreckungsverfahren u. dgl.); auch der Tatbestand fällt darunter, soweit lediglich die tatsächliche Beurteilung des Parteivorbringens in Frage steht. Diese Auslegung widerspricht zwar der Entstehungsgeschichte des § 839, ergibt sich aber als notwendig aus dem Zwecke der Gesetzesbestimmung.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2548. Starke Belastung mit Amtsgeschäften kann an sich für Säumnisse eines Beamten einen Entschuldigungsgrund bilden, dagegen nicht ohne weiteres bei pflichtwidrigem Handeln in Ausführung eines Dienstgeschäfts. Der Beklagte ist nicht deshalb für ersatzpflichtig erklärt, weil er irgendetwas versäumt hat, sondern weil er als Gerichtsvollzieher den anberaumten Versteigerungstermin auf die bloße Bitte des Schuldners aufgehoben hat. Diese Pflichtwidrigkeit des Beklagten wird durch dessen Überlastung nicht entschuldigt.

4. Heuer, DJZ. **10** 141 ff. Die Bestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 2 schließt die Inanspruchnahme des Beamten dann nicht aus, wenn die durch Verletzung seiner Amtspflicht verursachte Schadenszufügung zugleich auch nach § 823 Abs. 1 und 2 als unerlaubte Handlung anzusehen ist.

5. **RG.** PrVerwBl. **31** 447 s. JDR. **8** § 839 Ziff. 3 a.

6. Einzelne Fälle.

a) Notar (JDR. **8** Ziff. 12 b; **7** Ziff. 12 a; **6** Ziff. 7 c; **5** Ziff. 8 a).

α. **RG.** ZBlFG. **11** 408, JW. **10** 1004. Zu den Amtspflichten des Notars gehört es, bei der Leitung seiner Angestellten und der Ordnung des Bureaudienstes nach Möglichkeit eine Schädigung derjenigen Personen zu verhüten, welche seine Amtstätigkeit in Anspruch nehmen wollen. So wird es seine Amtspflicht sein, zu verhüten, daß seine Angestellten den Auftraggebern Urkunden, die zur Erledigung des Notariatsegschäfts erforderlich sind, abnehmen, wenn es irgendwie zweifelhaft ist, ob er dieses

Geschäft rechtzeitig erledigen kann — vgl. den in **RG. 49** 26 behandelten Fall. Nicht aber ist der Notar verpflichtet, seine Angestellten anzuweisen, im Falle seiner augenblicklichen Abwesenheit regelmäßig eine Vorprüfung vorzunehmen, ob das Amtsgeschäft, das ihm übertragen werden soll, etwa besonders dringlich ist, und den Auftraggeber nötigenfalls an einen anderen Notar zu verweisen. Der Notar ist auf den unmittelbaren Verkehr mit dem Publikum angewiesen. Er ist gar nicht berechtigt, zu verlangen, daß das Publikum seinen Angestellten die Sachlage mitteilt. Seine Angestellten sind auch nicht berufen und vielfach gar nicht in der Lage, zuverlässig zu prüfen, ob ein Fall besonders dringlich ist, auch wenn ihnen der Auftraggeber aus freien Stücken den Sachverhalt mitteilt, um dessenwillen er die Tätigkeit des Notars in Anspruch nehmen will. Es bedarf auch einer solchen Prüfung seitens der Angestellten nicht. Denn dadurch, daß der Bureauvorsteher des Notars den Auftrag zur Übermittlung an den Notar entgegennimmt, wird der Auftraggeber nicht gehindert, sich an einen anderen Notar zu wenden, wenn jener nicht rechtzeitig zu sprechen ist. Der Auftraggeber hat auch selbst zu prüfen, ob die Sache dringlich ist. Die Bureaubeamten des Notars sind nicht dazu berufen, Rechtsauskünfte zu erteilen; das Publikum ist nicht berechtigt, sich auf die Richtigkeit einer solchen Auskunft zu verlassen. Ebensowenig ist der Notar verpflichtet, bei seinen Angestellten Erkundigungen einzuziehen, ob und welche sachlichen Mitteilungen ihnen von Personen, die seine Tätigkeit in Anspruch nehmen wollen, gemacht sind, und auf Grund dieser Mitteilungen zu handeln. Am wenigsten kann eine Verpflichtung in Frage kommen, wenn dem Notar lediglich die Beglaubigung einer Unterschrift übertragen wird; denn hier erstreckt sich seine Amtstätigkeit überhaupt nicht auf den Inhalt der Erklärung.

β. MecklZ. **28** 174 (Rostock). Der Notar, welcher zur Beurkundung von Rechtsgeschäften oder anderen Erklärungen zugezogen wird, hat die Geschäfte gemäß dem ihm bekannt gegebenen Willen der Auftraggeber und so auszuführen, daß die Erklärungen die beabsichtigte rechtliche Wirkung auszuüben vermögen. Er hat auch, wenn die Absicht der Auftraggeber aus Rechtsgründen sich nicht oder doch nicht in der von ihnen beabsichtigten Weise erreichen läßt, darauf hinzuweisen. Dagegen liegt es ihm nicht ob, eine Partei auf die wirtschaftlichen Bedenken des geplanten Geschäfts und auf die Schwierigkeiten seiner Durchführung aufmerksam zu machen. In dieser Hinsicht ist der zur Beurkundung zugezogene Notar nicht als Ratgeber der Partei anzusehen.

γ. **RG.** JW. **10** 234. Der Notar ist wegen einer Verzögerung einer Ausfertigung nur demjenigen verantwortlich, welcher das Recht auf die Ausfertigung hat. Dieses Recht hat nur derjenige, welcher das Rechtsgeschäft im eigenen Namen vorgenommen hat oder in dessen Namen es von anderen vorgenommen ist, sowie die Rechtsnachfolger dieser Personen. Andere Personen haben einen Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung nur dann, wenn dies in der Urkunde selbst oder durch eine besondere Erklärung gegenüber dem Notar bestimmt ist.

δ. ElsLothJZ. **10** 226 (Colmar). Haftung eines Notars in Elsaß-Lothringen. Vgl. OLG. **20** 263 (Colmar).

ε. WürttJ. **22** 139 (Stuttgart). Über Haftung des Notars s. o. § 611.

ζ. WürttZ. **10** 204 (Stuttgart) s. JDR. **8** § 839 Ziff. 12 b ε.

b) Grundbuchrichter (JDR. **8** § 839 Ziff. 12 d; **7** Ziff. 12 c).

α. RG. 72 324, SeuffA. **65** 483, JW. **10** 159. Verhältnis zum § 12 GBO. § 12 überträgt „die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit", insoweit Amtspflichtverletzungen eines Grundbuchbeamten (als solchen) in Frage kommen, von dem Beamten auf den Staat. In bezug auf die Voraussetzungen und den Inhalt der Haftung, insbesondere auch in bezug auf die Personen des Berechtigten bestimmt er nichts im § 839 Abweichendes.

β. **RG.** JW. **10** 159. Die Amtspflicht, die gehörige Sorgfalt auf sie zu verwenden,

liegt dem Grundbuchbeamten, nicht nur demjenigen gegenüber ob, auf dessen Antrag er tätig geworden ist oder tätig werden soll, sondern allen denjenigen gegenüber, die in betreff der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse auf jenem Gebiet auf die pflichtmäßige, insbesondere pünktliche Ausübung der Tätigkeit angewiesen sind.

c) Grundbuchführer.

RG. ZBlFG. **10** 542. Der Grundbuchführer kann in der Regel nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß unbefugterweise ein Kanzleigehilfe die für die Beteiligten bestimmten Benachrichtigungsschreiben aus dem Gerichtsschreibereisache wegnimmt und ihre Zustellung an die richtige Adresse vereitelt. Ein solcher Kanzleigehilfe ist, wenn er zwar anderweit mit der Bearbeitung von Grundbuchsachen betraut wird, die in Rede stehende Grundbuchsache aber nicht mitbearbeitet hat, hinsichtlich der Haftbarkeit des Staates nicht als Grundbuchbeamter i. S. des § 12 GBO. anzusehen.

d) Subhastationsrichter (JDR. **8** Ziff. 12c; **7** Ziff. 12b; **6** Ziff. 7d).

R. **10** Nr. 2549 (Braunschweig). Der Versteigerungsrichter, der statt des Höchstgebots im Teilungsplan ein niedrigeres Gebot zugrunde legt, haftet nicht, wenn der Geschädigte gegen den Teilungsplan weder Widerspruchsklage noch sofortige Beschwerde erhoben hat.

e) **RG. 72** 181, R. **10** Nr. 73. Ein Gerichtsvollzieher, der entgegen § 58 Ziff. 1 der (preuß.) Geschäftsanw. f. GerVollz. der Pfändung entzogene Sachen in Kenntnis dieser Eigenschaft, wenn auch mit Zustimmung des Schuldners pfändet, dagegen andere pfändbare Gegenstände ungepfändet läßt, handelt fahrlässig und ist dem Gläubiger zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

f) **RG.** R. **10** Nr. 3002. Ein Gemeindevorstand, der eigenmächtig die von der zuständigen Behörde aufgestellte Quartieranweisung ändert, verstößt gegen die ihm Dritten gegenüber obliegende Dienstpflicht und ist schadensersatzpflichtig.

g) **RG.** R. **10** Nr. 1966. Ein Polizeibeamter, der einem Wirte die Fortführung der Wirtschaft untersagt und die Schließung der Wirtschaft veranlaßt, verletzt nicht fahrlässig eine Amtspflicht, wenn eine formell zu Recht bestehende, wenn auch materiell unrichtige und demnächst von der höheren Instanz aufgehobene Entscheidung des Kreisausschusses vorlag, durch welche die dem Wirte früher erteilte Wirtschaftskonzession kassiert worden war.

h) v. Pestalozza, Haftung des bayerischen Bürgermeisters und Beglaubigung von Privaturkunden, BayRpflZ. **10** 127.

i) BraunschwZ. **10** 85 (Braunschweig). Haftung eines braunschweigischen Gendarmen verneint, der lediglich auf Befehl seines Vorgesetzten handelte.

k) BraunschwZ. **10** 36. Morawitz, Zur Haftung des Staates für in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügte Schädigungen.

l) Sommer, FürsZ. **2** 205. Der Waisenrat ist als solcher nicht haftpflichtig; vielmehr entscheiden über seine Haftpflicht lediglich die allgemeinen Bestimmungen des § 823. Es ist also unrichtig, wenn z. B. behauptet wird, der Waisenrat könne verantwortlich gemacht werden, wenn durch sein Verschulden die Bestellung eines Vormundes sich verzögere, und dem Mündel infolge Fehlens eines Vertreters Schaden erwächst, oder wenn der Waisenrat Kunde erhalte, daß das Vermögen des Mündels gefährdet sei und er schuldhafterweise unterlasse, dies dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen; oder endlich, wenn er, ohne sich zu unterrichten, ob eine Person geeignet ist, diese zum Vormunde vorschlage, und der Mündel hinterher Schaden erleide, weil er einen unfähigen oder gewissenlosen Vormund hat.

§ 840. 1. **RG.** JW. **10** 579. Wo zwei Ursachen wesentlich sind, um einen Erfolg herbeizuführen, beruhen auch die ganzen Folgen wesentlich auf jeder dieser Ursachen. Da in diesem Sinne auch die beiden Auskünfte für die Kreditgewährung gesamtkausal gewesen sind, so ist auch der infolge jener Kreditgewährung entstandene

Schaden der Klägerin durch jede dieser Auskünfte im ganzen verursacht worden. Demgemäß ist es nicht zulässig, einen solchen nur durch das wesentliche Zusammenwirken beider Auskünfte herbeigeführten Schaden so zu behandeln, als hätte jede der beiden Auskünfte für sich selbständig und gesondert nur einen Teil, die Hälfte dieses Schadens verursacht. Diesem Grundsatze der Gesamtkausalität trägt auch das BGB. Rechnung. Nach den Vorschriften der §§ 830, 840 — von denen der § 830 den Schaden betrifft, den mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht haben, während der § 840 sich auf den Schaden bezieht, der aus einer unerlaubten Handlung entstanden ist, für den mehrere Personen verantwortlich sind, — ist jeder für den ganzen Schaden verantwortlich. Dieser Grundsatz greift aber notwendig auch über den Rahmen dieser beiden Vorschriften dort Platz, wo mehrere, teils erlaubte, teils unerlaubte Handlungen als einheitliche Ursache einen Schaden herbeigeführt haben. Dann ist nur derjenige, dem eine unerlaubte Handlung zur Last fällt, für den ganzen Schaden haftbar, während die anderen, deren Mitwirkung auf erlaubten Handlungen beruht, haftungsfrei bleiben müssen. Das gleiche gilt, wenn diese mehreren Handlungen von einer und derselben Person begangen worden sind; in diesem Falle haftet sie für den ganzen Schaden, sofern nur eine ihrer Handlungen, die für den herbeigeführten Schaden gesamtkausal waren, eine unerlaubte ist.

2. SeuffA. **65** 400 (Dresden). Aus § 840 Abs. 3 ist nicht der allgemeine Satz zu entnehmen, daß, wenn auf der einen Seite Gefährdungshaftung, auf der anderen Verschuldenshaftung steht, für das innere Verhältnis der beiden Gesamtschuldner nur der Gesamtschuldner mit Verschuldungshaftung allein verflichtet sei. Der Abs. 3 beschränkt sich auf die dort aufgeführten Fälle und dazu gehört die Haftung nach dem Haftpflichtgesetze, die im Sinne des Abs. 1 als Haftung aus unerlaubter Handlung aufgefaßt werden muß, nicht mit. Es scheint danach, als müsse gemäß § 426 der Gesamtschuldner mit Verschuldungshaftung im Verhältnisse zu dem Gesamtschuldner mit Gefährdungshaftung stets nur zur Hälfte ausgleichpflichtig sein. Indessen die Bestimmung des § 254 gilt auch für die Fälle des § 840 und demzufolge wird die anteilige Verpflichtung der Gesamtschuldner dann unanwendbar, wenn nach dem Grundsatze des § 254 der eine für sein Verhältnis zu dem anderen sich als der allein Schadensersatzpflichtige kennzeichnet. Es liegt dann ein Fall des 2. Halbsatzes des 1. Satzes im Abs. 1 des § 426 vor, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist".

3. R. **10** Nr. 3177 (Naumburg). Der Lehrherr eines Lehrlings, der mit einem Handwagen auf einen an der Haltestelle haltenden Motorwagen auffährt, haftet der Straßenbahn für den ganzen Betrag, den sie ihrem durch den Stoß verletzten Fahrgaste zahlen muß. In dem ähnlichen Falle des § 840 Abs. 3, in welchem ebenfalls Verschuldungs- und Gefährdungshaftung zusammentreffen, ist ausdrücklich bestimmt, daß im Verhältnisse der Haftenden nur derjenige verpflichtet sein soll, der aus Verschulden haftet. Der hierin und im Abs. 2 des § 840 ausgeprägte Rechtsgedanke ist auch auf den vorliegenden Fall anwendbar. Da die Straßenbahn kein Verschulden trifft und der Lehrherr und sein Lehrling die Gefährdungshaftung der Straßenbahn schuldhaft herbeigeführt haben, so entspricht es der Billigkeit und dem im § 840 anerkannten Verhältnisse zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung, daß im Verhältnisse zur Straßenbahn Lehrherr und Lehrling allein haften. Da von dem Lehrlinge nichts zu erhalten ist, so muß der Lehrherr den gesamten Betrag erstatten, den die Straßenbahn dem Fahrgast schuldet.

4. **RG.** WarnE. **3** 130. Schädigung des Tierhalters durch ein willkürliches Tun seines Tieres, für das ein Dritter aus unerlaubter Handlung verantwortlich ist. Ist für das willkürliche Tun des Tieres, wodurch dem Tierhalter Schaden zugefügt wurde, ein Dritter aus schuldhafter Handlung verantwortlich, so ist nach dem Rechtsgedanken, der im § 840 Abs. 3 BGB. seine Ausprägung gefunden hat, im Verhältnisse

zwischen dem verletzten Tierhalter und dem Dritten, der Dritte — hier der Beklagte — allein zum Ersatze des Schadens verpflichtet (**RG. 71** 7).

5. WürttJ. **23** 20, 24, R. **10** Nr. 908 (Stuttgart). Ist der Tierhalter dem Verletzten gegenüber noch aus einem anderen rechtlichen Grunde (z. B. aus Fahrlässigkeit in bezug auf einen Personenbeförderungsvertrag) verpflichtet, so findet nicht § 840 Abs. 3, sondern geteilte Haftung nach § 426 Abs. 1 BGB. Anwendung mit der Folge, daß der Tierhalter wegen der ihn treffenden Hälfte keinen Regreß gegen den anderen Mitverpflichteten nehmen kann. (S. a. § 426 Ziff. 2 d.)

6. **RG.** JW. **10** 235, EisenbE. **26** 427. Für den Ausgleichungsanspruch zwischen dem Tierhalter und der Eisenbahn findet § 840 Abs. 3 Anwendung (**RG. 53** 114, **58** 335, **61** 56). — Die zweijährige Verjährungsfrist des § 8 HaftpflG. trifft nicht auf den Ausgleichungsanspruch gegen den Dritten zu.

§ 843. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1582. Die bloße Möglichkeit, daß der Verletzte durch Verlust seiner Anstellung seines festen Gehalts verlustig gehen kann, bietet keinen Grund für die Begrenzung der zuerkannten Rente auf den Zeitpunkt des Eintritts dieses Falles. Hier steht dem Ersatzpflichtigen nur der Weg des § 323 ZPO. offen.

2. Berücksichtigung der künftigen Gestaltung (JDR. 8 § 843 Ziff. 3; **7** Ziff. 1; **6** Ziff. 1; **5** Ziff. 1).

a) **RG.** JW. **10** 471, EisenbE. **27** 69. Über die zeitliche Begrenzung der Rente in Verbindung mit § 12 BUnfFürsG. Für die Bemessung der Rente müssen nicht bloße Möglichkeiten, sondern der normale Lauf der Dinge maßgebend sein.

b) **RG.** EisenbE. **26** 409, JW. **10** 19. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. ist nach Maßgabe des § 3 HaftpflG. und § 843 BGB. dem Verletzten nicht die abstrakte Verminderung der Arbeitsfähigkeit, sondern nur die dadurch herbeigeführte tatsächliche Erwerbseinbuße zu ersetzen.

c) Berücksichtigung des Alters (JDR. 8 § 843 Ziff. 2 d).

α. **RG.** HessRspr. **11** 121. Umfang des Erstattungsanspruchs. Soweit es sich um Entschädigung für Verlust oder Minderung der Erwerbsfähigkeit handelt, muß erwogen werden, ob der Verletzte nach dem natürlichen und regelmäßigen Gange der Dinge ohne die Verletzung in der Lage gewesen sein würde, bis in das hohe Greisenalter seine Arbeitskraft zu verwerten; wo dies nicht anzunehmen ist, muß für die Dauer der Rente eine Altersgrenze festgesetzt werden (**RG.** JW. **06** 308).

β. **RG.** JW. **10** 812. Bei Zubilligung einer Rente ist regelmäßig der Einfluß zu berücksichtigen, den das zunehmende Alter erfahrungsgemäß auf die Erwerbsfähigkeit ausübt oder ohne das schädigende Ereignis nach dem natürlichen und normalen Verlaufe der Dinge ausüben würde. S. u. Ziff. 7.

γ. **RG.** JW. **10** 65. Zeitliche Begrenzung der Rente für einen landwirtschaftlichen Arbeiter oder selbständigen Kleinbauern. Die Rente wegen Erwerbsunfähigkeit ist bis zu dem Zeitpunkte zu gewähren, wo der mit dem Alter verbundene Niedergang der Kräfte dem körperlichen Leistungsvermögen das Ziel setzt. Soweit dagegen bei dem Kläger infolge seines Gebrechens und seiner Unbeweglichkeit eine Vermehrung der Bedürfnisse eingetreten ist, oder mit dem hohen Alter voraussichtlich eintreten wird, ist ihm eine Rente in angemessenem Betrage bis an sein Lebensende zu belassen.

d) **RG.** EisenbE. **27** 67. Die voraussichtliche Notwendigkeit der Pensionierung mit 65 Jahren gibt keinen Anlaß, die Verletzungsrente wegen Dienstunfähigkeit nur bis zu diesem Zeitpunkte zuzusprechen.

e) OLG. **20** 267 (Dresden). Rentenanspruch des Vaters einer tötlich verunglückten fünfjährigen Tochter.

3. **RG.** EisenbE. **26** 289 = JDR. 8 § 843 Ziff. 4.

4. **RG.** SeuffBl. **10** 464 f. JDR. 8 § 843 Ziff. 5 b.

5. a) **RG.** BayRpflZ. **10** 381, R. **10** Nr. 3345. Ist die in Fahrnisgemeinschaft lebende Ehefrau durch den Unfall in ihrer Erwerbsfähigkeit beschränkt und muß infolgedessen für den Haushalt eine Bedienung angenommen werden, so liegt ein Schaden beider Eheleute vor. Diese stehen dem Ersatzpflichtigen als Gesamtgläubiger gegenüber. Für den gesetzlichen Güterstand hat das Reichsgericht (**RG. 63** 195 ff.) allerdings angenommen, daß in solchem Falle nur der Ehemann geschädigt sei. Dagegen hat der Senat bei der allgemeinen Gütergemeinschaft erwogen, daß hier der eheliche Aufwand nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgut zur Last fällt und daher dieses geschädigt wird, wenn die Frau im Hauswesen nicht mehr tätig sein kann. Eine Schädigung des Gesamtgutes bedeutet aber eine Schädigung beider Ehegatten, die als Gesamtgläubiger des Schädigers anzusehen sind (R. **09** 286 und **10** Nr. 2192). Ist aber hiernach die Klägerin dadurch geschädigt, daß jetzt im Hauswesen eine Hilfskraft gehalten werden muß, so kann die Erstattung dieses Schadens auch auf Grund des § 3a HaftpflG. von ihr verlangt werden.

b) **RG. 73** 309, EisenbE. **27** 84, JW. **10** 652. Das RG. hat keineswegs im allgemeinen ausgesprochen, daß eine verheiratete Frau keinen Schadensersatz für die Minderung ihrer lediglich im Hauswesen und im Gewerbe des Mannes betätigten Erwerbsfähigkeit fordern könne; es hat vielmehr einen solchen Ersatzanspruch nur der im gesetzlichen Güterrechte lebenden Frau versagt, weil diese in jenem Umfang nur für ihren Mann tätig ist und nur für ihn erwirbt, weil daher nur der Mann, nicht sie selbst einen Schaden erlitten hat. Auch in dem Falle, der dem von dem BG. angezogenen Urteil zugrunde liegt, lebten die Eheleute im gesetzlichen Güterstande. Jene Erwägungen treffen aber nicht zu bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Zwar gilt auch hier, wie bei jedem Güterstande, die Vorschrift des § 1356 BGB. Aber der eheliche Aufwand fällt nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgute zur Last (§ 1458 BGB.), und zu dem Gesamtgut — dem gemeinschaftlichen Vermögen der Ehegatten — gehört auch das, was der Mann und die Frau während der Gütergemeinschaft erwerben (§ 1438). Durch die Tätigkeit der Frau im Hauswesen wird also nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgut eine Ausgabe erspart, und was sie durch ihre Tätigkeit im Gewerbe des Mannes erwirbt, erwirbt sie nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgute. Wird ihr jene und diese Tätigkeit unmöglich gemacht oder erschwert, so erleiden daher beide Ehegatten Schaden, sie sind Gesamtgläubiger des Schädigers.

6. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 650, SeuffBl. **10** 516, JW. **10** 19, LeipzZ. **10** 146. Der Begriff der Erwerbsfähigkeit, wie ihn § 9 Abs. 1 Ziff. 2 Gew. UVG. zur Voraussetzung hat, ist nicht der nämliche wie in § 843 BGB., der in den Bestimmungen der §§ 842, 823, 249 seine Erläuterung und Ergänzung findet. Nach der Auslegung, die jener Begriff durch die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes und die Wissenschaft des Unfallversicherungsrechts erhalten hat, ist gerade die abstrakte Fähigkeit zum Erwerbe, das „persönliche Arbeitskapital", wenn selbst im Einzelfall ein Erwerbsentgang tatsächlich nicht dadurch hervorgerufen worden ist, darunter zu verstehen.

b) OLG. **20** 267 (Dresden). Bemessung der Rente. Die Rente ist nicht bloß nach dem Verhältnisse zu bestimmen, in dem die Minderung der Erwerbsfähigkeit zu der vor dem Unfalle vorhanden gewesenen Erwerbsfähigkeit steht, vielmehr kommt es darauf an, ob oder in welchem Grade der Verletzte zum Betriebe seines bisherigen Gewerbes oder zum Ergreifen eines anderen fähig ist, nicht aber darauf, zu welchem Teile er seine Erwerbsfähigkeit abstrakt verloren hat. Möglichkeit, bei Verlust eines Armes eine Tätigkeit zu ergreifen.

7. **RG.** JW. **10** 812. Bei Festsetzung einer Rente gemäß § 843 BGB., § 3a, § 7 HaftpflG. ist allerdings für die Regel dem Einflusse, den das zunehmende Alter, dem natürlichen Laufe der Dinge entsprechend, auf die Arbeitskraft und Erwerbs-

fähigkeit des Menschen ausübt, Rechnung zu tragen; und zwar mit Rücksicht darauf, daß normalerweise in hohem Alter die Arbeitsfähigkeit schließlich ganz aufzuhören pflegt, durch Begrenzung der Rente nach einem bestimmten Lebensalter. Allein es können Sachlagen gegeben sein, bei denen unbedenklich angenommen werden darf, daß ein bestimmter Erwerb dem Schadensersatzberechtigten ohne den vom Gegner zu vertretenden Vorgang bis ins späteste Greisenalter oder bis ans Lebensende möglich gewesen sein würde. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist eine vom Gericht gemäß § 287 ZPO. nach den konkreten Umständen, insbesondere auch den Berufsverhältnissen des Ersatzberechtigten zu entscheidende, tatsächliche Frage.

8. a) **RG.** R. **10** Nr. 3923. Der Verletzte braucht sich die auf Grund eines von einem Dritten für ihn abgeschlossenen Versicherungsvertrags erhaltene Unfallentschädigung nur dann anrechnen zu lassen, wenn die Versicherung ein Entgelt für seine Leistungen darstellt. Ein Entgelt in diesem Sinne liegt bei der seitens einer Stadt für die Mitglieder der freiwilligen Feuerwehr genommenen Unfallversicherung nicht vor.

b) **RG.** R. **10** Nr. 3499. Die Frage, ob und in welchem Umfang anderweitige Bezüge (Versicherungsgelder) auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen sind, kann dem Verfahren über die Höhe vorbehalten bleiben, wenn sie hinter den vom Kläger bezifferten Schadensbeträgen der Leistungsklage zurückbleiben.

9. **RG. 73** 418. **Zu einer Kapitalabfindung nach § 843 Abs. 3 liegt ein wichtiger Grund vor, wenn der Verletzte durch die sonst nach § 323 ZPO. bestehende Ungewißheit über den Fortbezug einer Rente krankhaft beeinflußt wurde.**

10. **RG.** SeuffA. **65** 354, JW. **10** 389. Der Schädiger ist gemäß § 843 Abs. 4 für alle Schadensleistungen der in erster Linie Verpflichtete geworden, auch wenn dieselben Leistungen von einem anderen auf Grund der gesetzlichen Unterhaltungspflicht geschuldet werden. Der Unterhaltungspflichtige erfüllt mithin durch seine Leistung eine Verpflichtung, die dem Schädiger obliegt, ist somit trotz der gleichzeitigen Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht rechtlich nicht gehindert, gemäß den §§ 677, 683 von dem Schädiger Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen.

§ 844. 1. **RG.** PosMSchr. **10** 70, R. **10** Nr. 3178. Steht der Schadensersatzanspruch der Witwe und der Kinder eines Getöteten gegen einen Dritten dem Grunde nach fest, so sind die Witwe und die Kinder, welche die Gütergemeinschaft fortsetzen, in dem Verfahren über den Betrag nach § 844 Abs. 2 BGB. nur insofern schadensersatzberechtigt, als der Unterhaltsanspruch, der ihnen kraft Gesetzes gegen den Getöteten zustand, infolge der Tötung ihnen entzogen ist. Es ist insbesondere zulässig, auf den Gesamtunterhaltsbetrag die Einkünfte des gütergemeinschaftlichen Vermögens ganz anzurechnen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1738. Die Tatsache, daß der Getötete dem Kläger unterhaltspflichtig werden konnte, reicht zur Begründung einer Feststellungsklage aus.

3. **RG.** EisenbE. **26** 314 = JDR. **8** § 844 Ziff. 3.

4. **RG.** R. **10** Nr. 75. Bei dem Schadensanspruche der Eltern eines getöteten Sohnes kommt es nicht darauf an, in welchem Maße der Sohn bis zu seinem Tode seinen Arbeitsverdienst tatsächlich seinen Eltern überlassen hat, sondern allein darauf, inwieweit er ihnen gegenüber rechtlich zur Unterhaltsgewährung während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens verpflichtet gewesen wäre. Bei Bemessung dieser Unterhaltspflicht ist zu berücksichtigen, ob neben ihm noch weitere unterhaltspflichtige Verwandte vorhanden waren. Die Bestimmung im § 843 Abs. 4 steht dem nicht entgegen.

5. **RG.** EisenbE. **26** 332, R. **10** Nr. 702. Wenn die unterhaltsberechtigten Personen aus dem Nachlasse des Getöteten soviel erhalten, daß die Kosten ihres standesgemäßen Unterhalts vollständig gedeckt sind, so kann eine weitere Einnahmequelle,

die der Getötete darüber hinaus noch hatte, die aber durch seinen Tod versiegt ist, zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs nicht verwertet werden.

§ 845. 1. **RG.** JW. **10** 811. Ein Schaden, der allein dem Kläger entstanden ist und weiterhin entsteht, ist der nach § 845 BGB. zu ersetzende Verlust der Dienste der Verletzten im Haushalte des Klägers. Der Anspruch auf Ersatz von Kurkosten steht an sich aus § 823 BGB. der Verletzten selbst zu. Doch könnte auch der Ehemann insoweit, als er solche Kosten für die Ehefrau bereits aufgewendet hat, von der Beklagten Ersatz aus dem Rechtsgrund einer Geschäftsführung ohne Auftrag beanspruchen. Wegen der erst in der Zukunft zu machenden Aufwendungen würde der letztere Gesichtspunkt wohl nicht zu verwerten sein. Die Erklärung des Klägers, daß er den Anspruch auf Ersatz der Kurkosten usw. „aus eigenem Rechte" geltend mache, darf unbedenklich dahin verstanden werden, daß er, soweit es sich nicht um einen eigenen, sondern um einen der Ehefrau zustehenden Anspruch handeln würde, diesen als Ehemann kraft seines ehemännlichen Verwaltungsrechts in eigenem Namen gerichtlich geltend mache. Hierzu ist der Kläger nach § 1380 BGB. befugt, sofern, wie mangels einer gegenteiligen Behauptung zu unterstellen ist, die Eheleute in dem gesetzlichen Güterstande leben. Es versteht sich von selbst, daß der Kläger den Schadensersatz aus § 845 BGB. nur auf seine eigene Lebenszeit zu beanspruchen hat. Er kann Ersatz für die ihm entgehenden Dienste seiner Frau nur für die Zeit verlangen, solange sie diese Dienste zu leisten imstande und kraft Gesetzes verpflichtet sein würde, wenn der Unfall nicht dazwischengetreten wäre.

2. DJZ. **10** 1471 (Stuttgart). Verletzung der Ehefrau durch ein Pferd des Bekl. Einwand, daß nicht die Frau, sondern der Mann Schaden erlitten habe. Allerdings steht, soweit § 845 BGB. Platz greift, ein Anspruch nur dem Ehemann der Verletzten zu; allein einmal findet der durch die völlige Erwerbsunfähigkeit der Frau entstandene Schaden durch die an den Ehemann für die entgehenden Dienste vom Bekl. zu entrichtende Geldrente keineswegs volle Ausgleichung, und mittelbar ist auch die Frau vermögensrechtlich geschädigt, weil für die Dienste, die sie ohne den Unfall im Hauswesen und Gewerbe des Mannes geleistet hätte, nunmehr Aufwendungen aus dem Gesamtgut oder dem eingebrachten Gut eines Ehegatten erfolgen müssen. Ob dieser Schaden auch als ein solcher des Mannes angesehen werden kann, ist für die Anwendbarkeit des § 151 gleichgültig; nach dem Sinn nnd Zweck des Gesetzes tritt, soweit ein gesetzlicher Übergang des Schadensersatzanspruches des Verletzten auf eine Berufsgenossenschaft in Frage kommt, der mit einem Schadensersatzanspruch der Frau konkurrierende Ersatzanspruch des Mannes hinter ersteren zurück.

3. BadRpr. **10** 69 (Karlsruhe). Der Ehemann kann den Schaden, den in der von ihm gemieteten Wohnung die Ehefrau infolge eines Unfalls erlitten hat, von dem Vermieter in eigenem Namen ersetzt verlangen.

4. HansGZ. **10** Beibl. 109 (Hamburg). § 845 findet keine Anwendung im Haftpflichtgesetze.

5. Über Einfluß der Arbeiterversicherung auf die zivilrechtliche Haftung siehe bei § 618 Ziff. 1a (= SeuffBl. **09** 334).

§ 847. 1. **RG.** BayRpflZ. **10** 217, R. **10** Nr. 1740. Bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes darf nicht — wie bei der Strafzumessung — der Grad des Verschuldens des Ersatzpflichtigen berücksichtigt werden.

2. **RG.** BayRpflZ. **10** 217, R. **10** Nr. 1739. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes darf die Analogie hinsichtlich der Bemessung des Schadens bei Verlöbnisbruch nicht herangezogen werden.

3. R. **10** Nr. 3502 (Dresden). Hinterlistige Verleitung zum Beischlafe durch das Versprechen der Ehe liegt nur vor, wenn der Mann dabei nicht die Absicht hatte, das Versprechen zu halten.

4. BadRpr. **10** 69 (Karlsruhe). Der Ehemann kann als gesetzlicher Verwalter des eingebrachten Gutes auch den Anspruch auf Schmerzensgeld geltend machen. Dessen Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit i. S. des § 847 kommt hier nicht in Frage. Die Verletzte (Ehefrau) bleibt die Berechtigte, nur die Geltendmachung ihrer Rechte erfolgt durch den Ehemann.

5. R. **10** Nr. 3501 (Hamburg). Der Beklagte haftet für den der Klägerin erwachsenen immateriellen Schaden (Schmerzensgeld) auch dann, wenn er nicht selbst, sondern ein von ihm Angestellter (§ 831) den Schaden angerichtet hat.

6. SchlHolstAnz. **10** 169 (Kiel). Der minderjährige Kläger ist befugt, außer dem ihm nach § 847 BGB. zustehenden Schmerzensgeld in eigenem Namen Ersatz der Heilungskosten zu fordern, auch wenn sein Vater diese bereits gemäß seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht für ihn verauslagt hat (**RG. 47** 211, SchlHolstAnz. **03** 197.). Der Abs. 4 des § 843 BGB. stellt, wie auch die Entstehungsgeschichte ergibt, einen für den Inhalt der Erstattungspflicht wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit einer Person allgemein geltenden Grundsatz auf (**RG. 65** 163 ff.).

7. R. **10** Nr. 1258 (Hamburg). Ist ein Fahrgast auf einer Straßeneisenbahn infolge Zusammenstoßes zweier Straßenbahnzüge verletzt, so kann er Schmerzensgeld nur verlangen, wenn seitens des Betriebsunternehmers eine unerlaubte Handlung im Sinne §§ 823 ff. BGB. vorliegt. Auf den Beförderungsvertrag läßt sich der Anspruch auf Schmerzensgeld ebensowenig stützen wie auf das Reichshaftpflichtgesetz.

8. HansGZ. **10** Beibl. 109 (Hamburg). Das Schmerzensgeld kann nur bei unerlaubten Handlungen verlangt werden, nicht bei Kontraktverletzungen. Ebenso HansGZ. **10** Beibl. 105 (Hamburg) JDR. 8 § 847 Ziff. 2.

9. **RG.** R. **10** Nr. 1584. Für die Gefahrlosigkeit der Zugänge zur Toilette haftet der Gastwirt einem Gaste nur auf Grund des Vertrags, da nur die Gäste das Recht haben, die Toilette aufzusuchen, und der Gastwirt nur ihnen gegenüber verpflichtet ist, der Gefahr der Verwechslung der Tür mit der Kellertür vorzubeugen. Bei dieser nur vertragsmäßigen Haftung ist daher der Anspruch auf Schmerzensgeld ausgeschlossen.

10. OLG. **20** 265 (Celle). Der Entschädigungsanspruch aus § 847 ist insoweit abgegolten, als ein Schmerzensgeld verlangt worden ist. Denn der Kläger hat von vornherein nur 30 M. als „angemessenes Schmerzensgeld" beansprucht und damit zu erkennen gegeben, daß er mehr als diesen seinen Schmerzen entsprechenden Betrag als Entschädigung für sein körperliches Übelbefinden nicht geltend machen wollte. Darin liegt ein Verzicht auf einen ihm etwa gebührenden höheren Betrag; und einer Mehrforderung steht, nachdem über den Anspruch auf Schmerzensgeld durch das Teilurteil rechtskräftig entschieden ist, die Einrede der Rechtskraft entgegen (**RG. 1** 349, **31** 259; JW. **99** 36[23], **01** 34[4]). Ein weitergehendes Schmerzensgeld kann also der Kläger nicht mehr verlangen. Dagegen kann er auch jetzt noch beanspruchen, daß ihm eine billige Entschädigung zugesprochen wird für die seelischen Leiden, die er infolge der Verletzung empfindet, und für die Beeinträchtigung des Naturgenusses, den die Schädigung der Sehkraft mit sich bringt. Der Ersatz des immateriellen Schadens, welchen der § 847 vorsieht, umfaßt zweifellos auch die Schädigungen auf seelischem und ästhetischem Gebiete (Planck 1 3 zu § 847), wie sie hier vorliegen.

11. Dengler, WürttRpflZ. **3** 370, schließt sich der Ansicht der Schriftsteller an, die annehmen, daß der § 146 Abs. 3 LwUnfVersG. nicht den Anspruch des § 847 auf Schmerzensgeld ausschließt.

12. Hertel, DJZ. **10** 1227. Im Falle der §§ 135 GewUnfVersG., § 133 SeeUnfG. ist auch der Anspruch auf Schmerzensgeld ausgeschlossen.

§ 848. **RG.** R. **10** Nr. 3001. Der Vormundschaftsrichter verletzt fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, wenn er den vom Beistande gestellten Antrag auf Löschung von Hypotheken des Mündels genehmigt, ohne irgendeine Sicherheit zu haben, daß der dem Mündel durch die Löschung unmittelbar erwachsende Nachteil durch die vom Antragsteller beabsichtigte Wiedereintragung der Hyotheken beseitigt werde.

§ 852. 1. WürttJ. **21** 10 (Stuttgart). Kenntnis von dem eingetretenen Schaden bei nicht abgeschlossenem Verlauf einer dauernden Erkrankung, deren Ursache erst später festgestellt wird.

2. OLG. **20** 269 (Naumburg). Der § 852 verlangt zum Beginn der Verjährung nicht Kenntnis von dem Umfange des eingetretenen Schadens, sondern nur von der Tatsache, daß der Schaden eingetreten ist. Daß ihm für ärztliche Behandlung Kosten entstehen würden, wußte der Kläger schon am Tage des Unfalls oder sehr bald danach. Da ihm die Person des Ersatzpflichtigen ebenfalls zu dieser Zeit bekannt war, so begann die Verjährung alsbald nach dem Unfall.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 391 s. JDR. **8** § 852 Ziff. 1.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Vorbemerkung: Die Literatur zur Lehre vom Besitze war im Berichtsjahre fruchtbarer als in letzter Zeit. In erster Linie sei auf die Selbstberichte von Bruns und Kleinrath hingewiesen; auch das im Jahre 1910 fertiggestellte Sachenrecht des Lehrbuchs des BGB. von Enneccerus, Kipp und Wolff ist mehrfach berücksichtigt worden.

Literatur: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910. — du Chesne, Absolutes Recht und Besitz, BayNotZ. **10** 313—327. — Kleinrath, Besitzschutz und Selbsthilfe, GruchotsBeitr. **54** 481—493. — Kreß, Besitz und Recht. Eine zivilrechtliche Abhandlung. Nürnberg—Leipzig 1909. — Nathan, Ein Beitrag zur Auslegung des § 935 BGB., WürttJ. **23** 121—124. — M. Wolff, Das Sachenrecht. Marburg 1910.

§ 854. I. 1. M. Wolff, Sachenrecht 24. Die Besitzübertragung durch schlichte Einigung (Abs. 2) schafft eine Erleichterung gegenüber dem originären Erwerb und gegenüber der körperlichen Übergabe (Abs. 1). Einigung bei Herrschaftsmöglichkeit begründet den Besitz ohne Herrschaftsergreifung. Andererseits ist diese Einigung nicht ein bloßer Realakt, sondern ein echtes Rechtsgeschäft, ein Vertrag.

2. Den Besitz behandelt de lege ferenda unter dem Gesichtspunkte, daß er ein zur Befriedigung eines mittelbaren absoluten Interesses bestimmtes Recht sei, *du Chesne, BayNotZ. **10** 313 ff.

3. *Rohde, Studien im Besitzrechte. Abschnitt III: Subjektive und objektive Besitzfähigkeit. Abschnitt IV: Inhalt des Besitzwillens des BGB., insbesondere auch im Gegensatze zu dem Besitzwillen des römischen Rechtes. Abschnitt V und VI: Der objektive Teil des in dem Besitz enthaltenen tatsächlichen Gewaltverhältnisses.

4. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, behandelt den Begriff des Besitzes als eines auf sozialen Anschauungen beruhenden Machtverhältnisses (45 ff.), wie er sich aus seinen römisch- und deutschrechtlichen Wurzeln entwickelt hat, den Besitzwillen, der als notwendiges Element des Besitzes angesehen wird (55 ff.), den Eigenbesitz ꝛc. (62 ff.). Besonders eingehende Untersuchung wird der Einigung bei der Besitzübertragung und ihrem rechtlichen Charakter gewidmet. Jede Übertragung des Besitzes, sei es des unmittelbaren oder des mittelbaren, beruht auf einer Willenseinigung des Verlierers und des Empfängers. Ohne eine solche Einigung

entsteht bei dem Empfänger kein Übergabebesitz, wennschon möglicherweise Besitz im Sinne des Besitzschutzes 2c. originär erworben ist. Die Hauptrolle, die heute der Besitz zu spielen berufen ist, ist seine Funktion bei der Begründung dinglicher Rechte; hier aber genügt nicht schlechthin Besitzerwerb, sondern das Gesetz fordert Erwerb des Übergabebesitzes, der auf einer Einigung der Parteien beruhen muß. Die Einigung ist kein Rechtsgeschäft, kein Vertrag im technischen Sinne, daher ist die unmittelbare Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teiles des BGB. über Willenserklärungen, Rechtsgeschäfte 2c. ausgeschlossen. Bei der analogen Anwendung ist stets der besitzrechtlichen Natur der Einigung, sowie dem Umstande Rechnung zu tragen, daß letztere einem Leistungsgeschäfte zugrunde liegt. Die Leistungsgeschäfte sind im Gegensatze zu den obligatorischen Geschäften, die beide Teile gleichzeitig belasten und berechtigen, gewöhnlich einseitig gewinn- oder verlustbegründend. Was die Frage der Geschäftsfähigkeit (82 ff.) angeht, sind daher die Erwerbsgeschäfte auch von Geschäftsunfähigen gültig zu vollziehen. Bei Besitzentäußerung oder sonstigem Besitzverluste geht natürlich die tatsächliche Gewalt dem Nichtgeschäftsfähigen verloren, aber der Besitz gilt als ein unfreiwillig abhanden gekommener, eigenmächtig erworbener, da von einer solchen Person der Besitzaufgabewillen nicht rechtsgültig gefaßt werden kann. — Der Besitzerwerb durch Stellvertreter (84 ff.) steht unter einem ausführlich geregelten Spezialrechte; die allgemeinen Vorschriften über Vertretung, Vollmacht der §§ 164 ff. finden keine Anwendung. Die Vertretung erstreckt sich aber im allgemeinen nur auf die Herstellung der tatsächlichen Gewalt, nicht auch auf die Fassung des Besitzwillens, die übrigens vom Erwerber in genereller Weise vollzogen werden kann.

5. Verträge zugunsten Dritter im Besitzrechte. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 116 ff., sucht die Möglichkeit der Verträge zugunsten Dritter im Besitzrechte nachzuweisen. Die Einigung, die jeder Besitzübertragung zugrunde liegt, kann auch zugunsten eines Dritten geschlossen werden. Doch sind solche Verträge nur da möglich, wo das körperliche Element sich in der Person des Dritten herstellen läßt; in Betracht kommen daher nur die §§ 854 Abs. 2, 868, 870. Dabei wird auf die große Ähnlichkeit der im Sachenrecht anerkannten Stellvertretergeschäfte und der Verträge zugunsten Dritter hingewiesen, welch letztere je nach der Gestaltung der Beziehungen zwischen Versprechensempfänger und Drittem reine Vertretungsgeschäfte sein können. Was insbesondere § 868 betrifft, so kann dem Dritten mittelbarer Besitz verschafft werden, wenn in dem besitzvermittelnden Kausalverhältnisse dem Dritten ein Forderungsrecht geschaffen und die besitzrechtliche Einigung auf den Namen des Dritten abgestellt wird. Die praktische Bedeutung solcher Verträge zeigt sich z. B. bei der Pfandbestellung für den jeweiligen Inhaber eines Wechsels oder bei der Verpfändung einer bereits verpfändeten Briefhypothek. Weitere Belege werden in der Hinterlegung, dem Frachtvertrage (s. zu HGB. §§ 425 ff.), der Anweisung (s. zu §§ 783 ff. BGB.) gefunden. Auch nach § 870 kann durch besitzrechtliche Einigung und Abtretungsvertrag zugunsten Dritter mittelbarer Besitz für einen nicht unmittelbar am Geschäftsabschlusse Beteiligten begründet werden (140 ff.).

6. Abs. 2. a) *Bruns, Besitzerwerb 91 ff., 65 f., sucht nachzuweisen, daß die im § 854 Abs. 2 erwähnte Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers dieselbe Einigung ist, die jeder Besitzübertragung zugrunde liegen muß, daß zwischen dieser Art der Besitzübertragung und der durch Übergabe von Hand zu Hand nur ein quantitativer und kein qualitativer Unterschied besteht. Das körperliche Element der Besitzbegründung ist hier zu einer bloßen Möglichkeit der Gewaltausübung verflüchtigt. Die Einigung des § 854 Abs. 2 untersteht denselben Regeln, wie die allgemeine Einigung über Besitzübertragung. Fehlt es an der Einigung, so geht kein Besitz über; auch wenn der Erwerber nachträglich originär die tatsächliche Gewalt erwirbt,

entsteht kein Übergabebesitz, der Besitz ist daher auch hier in solchem Falle als ein eigenmächtig erworbener, unfreiwillig verlorener anzusehen. Eine Vertretung im Erwerbe nach § 854 Abs. 2 kann stattfinden, sofern das körperliche Element in der Person des Vertretenen vorhanden ist und letzterer den Besitzwillen gefaßt hat. Das Offenheitsprinzip des § 164 kann auf einen solchen Erwerb nicht angewandt werden. Der objektive Sinn der Einigung entscheidet, ob der Vertreter oder der Vertretene unmittelbarer Erwerber ist. Hat der Vertreter nicht erkennbar die Person des Erwerbers hervortreten lassen, so ist maßgebend sein Verhältnis zum Vertretenen; aus ihm erhellt, wer den Eigenerwerbswillen hat.

b) Zu Abs. 2 vgl. *Klein, ÖstZBl. **28** 725 ff.

II. a) **RG.** 1. 2. 10, R. **10** Nr. 1585. Eine gültige Besitzübernahme liegt vor, wenn der bisherige Besitzer die zu übergebenden Gegenstände auf einem dem Erwerber zu diesem Zwecke vermieteten Platze zu dessen Verfügung aufstapelt. Unerheblich ist, ob sich der bisherige Besitzer der Gegenstände an dem Platze ein Mitbenutzungsrecht — Durchgangsrecht — ausbedungen hat. **b)** **RG.** 2. 5. 10, R. **10** Nr. 2550. Gegen den Alleinbesitzer ist eine Klage auf Feststellung, daß er zu einem bestimmten Bruchteile den Besitz für den Kläger ausübe, oder auf Einräumung des Mitbesitzes zu einem gewissen Teile, nicht angängig. Es läßt sich nicht erkennen, worin die von dem Beklagten verlangte Handlung in Wirklichkeit bestehen soll.

§ 855. 1. Kreß, Besitz und Recht 167, bezeichnet es als nicht richtig, wenn in der Literatur der Mandatar, Geschäftsführer ohne Auftrag, Verwahrer usw. schlechthin als Besitzer, der Bedienstete aber ausnahmslos als Besitzdiener behandelt wird. Die Frage, ob diese Personen den Besitz zu eigenem Interesse wahrnehmen oder nicht, ist nur nach Lage des Einzelfalls und nicht immer in demselben Sinne zu entscheiden.

2. *Bruns, Besitzerwerb 143 ff., 46 ff., erörtert kurz das allgemeine Wesen der Besitzdienerschaft als eines Verhältnisses sozialer Abhängigkeit. Bei den Fällen der Besitzdienerschaft ist stets zu prüfen, ob der Besitzherr selbst die tatsächliche Gewalt in seiner Person begründet hat oder sie ihm nur durch Vermittlung des Besitzdienerverhältnisses zukommt. Im ersteren Falle hat der § 855 nur negative, einen eigenen Besitz des Besitzdieners ausschließende Funktion, im letzteren positive, besitzschaffende Funktion; je nachdem gestaltet sich der Besitzverlust durch den Besitzdiener verschieden. — § 855 setzt nicht einen gültigen obligatorischen Vertrag voraus, sondern nur ein von beiden Teilen anerkanntes soziales Abhängigkeitsverhältnis hinsichtlich der innegehabten Sache. Der Besitzwille der beiden Teile ist in diesem Abhängigkeitsverhältnis objektiviert; d. h. der Besitzwille des Herrn und der Mangel des Besitzwillens beim Besitzdiener. Auf diese normale Gestaltung des Willensverhältnisses ergibt das Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses eine widerlegbare Vermutung; der Individualwille ist nur nachzuweisen, wenn eine Partei von der typischen Gestaltung des Verhältnisses abzuweichen behauptet. Erwirbt der Besitzdiener eine Sache, so wird der Herr Besitzer, wenn objektiv der Erwerb der Sache in den Rahmen des dem Besitzdiener anvertrauten Geschäftskreises fällt; aber nur solange der Besitzdiener nicht einen entgegenstehenden Willen geäußert hat. Ist die Zuweisung des Geschäfts an die Interessensphäre des Herrn oder des Besitzdieners nicht mit Sicherheit zu vollziehen, so entscheidet über den Besitzerwerb der Umstand, auf wessen Rechnung das Geschäft ging. Nicht entscheidend ist die Art des Auftretens des Besitzdieners nach außen, unanwendbar § 164 BGB.

3. **RG.** 8. 11. 09, **72** 196, JW. **10** 7. Eine Geldsendung, die in Abwesenheit des Adressaten von dessen Ehefrau für ihn angenommen wird, geht damit in Besitz und Eigentum des Adressaten über.

§ 857. Kreß, Besitz und Recht 187. Wenn der zunächst berufene Erbe infolge von Ausschlagung oder aus anderen Gründen mit rückwirkender Kraft weg-

fällt, so erlangt der an seine Stelle tretende Erbe den Verkehrsbesitz an den Nachlaßsachen, sobald er den Besitzwillen faßt. Hiernach ist es denkbar, daß mehrere sukzessiv zur Erbschaft berufene Personen, ihren Besitzwillen vorausgesetzt, der Reihe nach den Verkehrsbesitz an den Nachlaßsachen erwerben, nämlich der zunächst berufene Erbe, und, wenn er z. B. wegen Ausschlagung wegfällt, der an seine Stelle tretende. Die Rückbeziehung des Anfalls der Erbschaft auf den Erbfall (§ 1953 Abs. 1 u. 2) gilt nur für die zum Nachlasse gehörenden Rechte; der Verkehrsbesitz ist als ein auf der natürlichen Auffassung beruhender Begriff einer solchen künstlichen Zurückdatierung nicht fähig.

§ 858. 1. *Kleinrath, GruchotsBeitr. **54** 481 ff. Gegenüber der Besitzklage ist Berufung auf Selbsthilfe nach § 230 BGB. ausgeschlossen, wenn nicht entweder rechtzeitig Arrest oder einstweilige Verfügung erwirkt wird oder ein Recht zum Besitze gegeben ist.

2. **RG.** 8. 11. 09, **72** 198 ff., JW. **10** 7, R. **10** Nr. 78. Wenn ein ungetreuer Verwalter in der Veruntreuung eines für seinen Auftraggeber eingegangenen Geldbetrags dadurch behindert wird, daß die Geldsendung nicht ihm, sondern seiner Ehefrau ausgehändigt wird, und er nunmehr das Geld in den Händen seiner Ehefrau beläßt und diese dann das dem Auftraggeber gebührende Geld diesem aushändigt, so ist darin kein Besitzerwerb durch verbotene Eigenmacht zu finden.

§ 859. Abs. 3. M. Wolff, Sachenrecht 37. Sofort ist nicht „unverzüglich", auch nicht „augenblicklich". „Sofort" handelt vielmehr, wer so schnell handelt, wie nach objektivem Maßstabe gehandelt werden kann.

§ 860. M. Wolff, Sachenrecht 13. Der Besitzdiener darf die Selbstschutzrechte des Besitzers nicht nur für die Sachen ausüben, die seiner Fürsorge unmittelbar anvertraut sind, sondern auch für alle anderen zum Herrschaftsbereiche gehörenden Sachen, mag ein anderer Besitzdiener oder der Besitzherr selbst die Gewalt über sie ausüben; und das selbst dann, wenn der zuständige Besitzdiener die Besitzentziehung duldet oder selbst vornimmt. AM. Planck zu § 860.

§ 862. NaumburgAK. **10** 15 (LG. Halle). Aus dem Gesichtspunkte der Besitzstörung kann die Beseitigung überhängender Zweige durch den Nachbar nicht verlangt werden. Dem Eigentümer des Grundstücks, in das die Zweige herüberragen, steht nur das Selbsthilferecht des § 910 zu.

§ 863. *Kleinrath, GruchotsBeitr. **54** 481 ff. Das Wörtchen „nur" ist überflüssig und sinnentstellend; lediglich negativ aufgefaßt wäre § 863 gleichbedeutend mit § 858 (sofern nicht das Gesetz die Entziehung, also die eigenmächtige Wegnahme gestattet, und nicht etwa nur einen Anspruch auf Besitzeinräumung gibt). Die Bedeutung des § 863 liegt in dem positiven Ausspruche, daß ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung mit der darin gegebenen Beschränkung im Besitzprozesse geltend gemacht werden kann, also auch, wenn der Fall der Selbsthilfe (§ 229 BGB.) vorliegt. In diesem Falle ist daher Erwirkung einer einstweiligen Verfügung nicht erforderlich, wenn dem Besitzergreifenden ein Recht zum Besitze (§ 986 BGB.) zur Seite steht oder ihm nachträglich ein solches entsteht.

§ 864. Abs. 2. M. Wolff, Sachenrecht 40. Auch die rechtskräftige Feststellung des auf eine bestimmte Sache bezüglichen obligatorischen Rechtes oder eines Rechtes aus älterem Besitze reicht hin; so, wenn der Käufer die Kaufsache dem Verkäufer entwendet und sein Recht auf ihre Übereignung rechtskräftig feststellen läßt (aM. z. B. Planck).

§ 865. *Rohde, Studien im Besitzrechte. Zu vgl. Abschnitt III: Inwiefern ist nach dem BG. ein Zeitbesitz möglich?

§ 866. M. Wolff, Sachenrecht 44. Soweit die Grenzen des Gebrauchsrechts unstreitig sind, wird der Mitbesitzer, der in ihnen bleibt, gegen Störungen eine Klage und den Gewaltschutz haben.

§ 867. M. Wolff, Sachenrecht 41. Der Ersatzanspruch ist nicht dem Grundbesitzer als solchem, sondern demjenigen zuzusprechen, der den Schaden erleidet (Eigentümer, Pächter); der Ersatzpflichtige ist aber (analog dem § 851) mit befreiender Wirkung dem Grundbesitzer zu leisten fähig, wofern er ihn für den Berechtigten hält. Der Ersatzanspruch ruht nicht auf unerlaubter Handlung, sondern ist ein Ausgleichsanspruch gegenüber einer gesetzlichen Duldungspflicht.

§ 868. 1. *Arthur Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchotsBeitr. **54** 226 ff., 247 ff. Der durch gültige Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses entstandene mittelbare Besitz kann nicht durch einseitige Erklärung seitens des Besitzmittlers vernichtet werden. Dies ergibt sich insbesondere aus § 870, da hiernach der Besitzmittler gar nicht wissen kann, für wen er besitzt, und somit der mittelbare Besitz nicht auf der Bereitwilligkeit des Besitzmittlers, die Sache an eine bestimmte Person herauszugeben, beruhen kann.

2. a) M. Wolff, Sachenrecht 30. Stehen dem mittelbaren Besitzer mehrere Herausgabeansprüche gegen den Mittler zu, z. B. aus Verwahrung und aus Eigentum, so überträgt den mittelbaren Besitz nur der Übergang desjenigen Anspruchs, auf dem der mittelbare Besitz beruht, des Verwahrungs-, nicht des Eigentumsanspruchs. Dieser Satz ist ohne große Bedeutung, wenn beide Ansprüche zugleich übergehen, er wird aber bei Zweiung der Ansprüche wichtig. b) M. Wolff, Sachenrecht 17. Der Schuldner, in dessen Gewahrsame die gepfändeten Sachen belassen werden (§ 808 Abs. 2 ZPO.), hat überhaupt keinen unmittelbaren Besitz, obwohl er den Gewahrsam behält; unmittelbarer Besitzer ist der Gerichtsvollzieher, erststufiger mittelbarer Besitzer der Gläubiger, zweitstufiger mittelbarer Besitzer der Schuldner. Daß dieser zugleich mittelbaren Besitz und Gewahrsam hat, ist nicht anstößig (vgl. jedoch Mothes, Beschlagnahme 100 ff.).

3. *Bruns, Besitzerwerb 153 ff., 50 ff., 96 ff., führt aus: Der mittelbare Besitz ist wahrer Besitz, ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt. Das Besitzkorpus ist das zwischen Herr und Mittler bestehende Rechtsverhältnis als ganzes, nicht bloß der Herausgabeanspruch. Gültigkeit dieses Rechtsverhältnisses ist Voraussetzung des mittelbaren Besitzes des Herrn. Über die Folgen, die sich aus der Ungültigkeit des besitzvermittelnden Kausalvertrags für die besitzrechtliche Lage der Beteiligten ergeben, vgl. 160 f. Insbesondere ist der Schutz dessen, der den unmittelbaren Besitz hergab unter Rückbehaltung des mittelbaren, darin gelegen, daß mit der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts auch die Einigung über die Begründung des mittelbaren Besitzes entfällt; der unmittelbare Besitz des Erwerbers ist daher ein dem Tradenten unfreiwillig verloren gegangener im Sinne der §§ 940, 935, 955 Abs. 2, 1007, 1006. — Als Rechtsverhältnisse der im § 868 erwähnten Art sind auch der Auftrag und die Geschäftsführung anzusehen (162 ff.). — Die Schaffung des mittelbaren Besitzes nach § 868 setzt, wie jede derivative Besitzbegründung, eine Einigung der Parteien voraus, die meist im Kausalgeschäft enthalten sein wird, aber streng von ihm zu trennen ist. Die bloße Existenz eines Miet- ꝛc. Vertrags ohne die besitzrechtliche Einigung genügt nicht, mittelbaren Besitz entstehen zu lassen. In der Einigung ist der unentbehrliche Besitzwillen der Parteien verkörpert. Aus dem Kausalvertrag ergibt sich nur eine widerlegbare Vermutung auf seine Existenz. — Nach § 868 kann der Mittler für seinen Herrn entweder so tätig werden, daß er das Kausalgeschäft und die Einigung direkt auf den Namen des Vertretenen schließt. Das Kausalgeschäft, nicht aber die besitzrechtliche Einigung untersteht hier dem § 164, also dem Offenheitsprinzipe (96 ff.). Oder der Mittler erwirbt für sich den unmittelbaren, für den Vertretenen dadurch zugleich den mittelbaren Besitz (167 ff.). Dabei braucht er nach außen nicht als Vertreter aufgetreten zu sein, um dem Vertretenen den mittelbaren Besitz direkt zu verschaffen. Die Person des Erwerbers bestimmt sich nach ähnlichen Grundsätzen, wie beim Erwerbe durch Besitzdiener (s. Ziff. 2 zu § 855). — Ist der Gegenstand

des Erwerbes eine Genussache, so ist eine Aussonderung oder sonstige Individualisierung der Gegenstände, an denen der Vertretene mittelbaren Besitz erworben hat, erforderlich. Darin liegt aber nur die Konkretisierung des Objekts, auf das sich der Herausgabeanspruch des Vertretenen bezieht, nicht, wie das RG. meint, ein constitutum possessorium des Mittlers mit sich selbst als Vertreter des Auftraggebers (169 ff.).

4. Kreß, Besitz und Recht 215, wendet sich gegen die herrschende Ansicht, derzufolge der mittelbare Besitz dadurch sein Ende findet, daß der unmittelbare Besitzer den mittelbaren nicht mehr als Besitzer anerkennt und diese Willensänderung durch ausdrückliche Erklärung oder entsprechende Behandlung der Sache zum Ausdrucke bringt. Er meint, die Rechtsposition des mittelbaren Besitzes würde ihre Bedeutung zum größten Teile verlieren, wenn sie von dem guten Willen des unmittelbaren Besitzers abhängig wäre. Wenn die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzes ihre gesetzliche Zweckbestimmung erfüllen soll, müsse sie gerade von dem Willen des unmittelbaren Besitzers unabhängig sein, da dessen Interessen an der Sache mit jenen des mittelbaren Besitzers in vielen Fällen kollidieren.

5. **a**) Kreß, Besitz und Recht 204, verlangt im Widerspruche mit der herrschenden Anschauung zum Erwerbe des mittelbaren Besitzes durch Besitzkonstitut, daß das zwischen Verkehrsbesitzer und Erwerber zu vereinbarende Rechtsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art gültig zustande kommt (vgl. auch Endemann, BGB. II § 37 Nr. 3 b). **b**) Kreß 192 ff. wendet sich gegen diejenigen, welche den mittelbaren Besitz einem jeden zuerkennen wollen, welcher gegen den Verkehrsbesitzer einen dinglichen oder persönlichen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat, so dem Verlierer, demjenigen, der eine Sache unter Eigentumsvorbehalt oder einer Bedingung verkauft oder welcher eine Sache gekauft, aber noch nicht übergeben erhalten hat, ja sogar dem, der lediglich auf Grund der Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag oder grundlose Bereicherung einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat.

6. SchlHolstAnz. **10** 17 ff. (Kiel); **10** 76 ff. (Kiel). Wird bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers verabredet, daß der Veräußerer bei Verkäufen im ordnungsmäßigen Geschäftsgange das Geld für sich vereinnahmen darf, mit der obligatorischen Verpflichtung zur Anschaffung von Ersatzstücken für den Erwerber, so schließt diese Tatsache nicht aus, daß es sich bei der Vereinbarung um ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB. handelt, vermöge dessen der Veräußerer dem Erwerber gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, so daß der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt und die zur Übertragung des Eigentums erforderliche Übergabe durch die Vereinbarung des Rechtsverhältnisses ersetzt wurde. AM. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **10** 300.

§ 870. *Bruns, Besitzerwerb 97 ff. Die bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs genügt nicht zur Übertragung des mittelbaren Besitzes; auch hier müssen die Parteien darüber einig sein, daß durch die Abtretung der Übergang des mittelbaren Besitzes erreicht werden soll. Die Frage nach der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses bzw. des abzutretenden Herausgabeanspruchs ist in bejahendem Sinne zu beantworten. Ein Vertreter kann auf zweifache Weise nach § 870 tätig sein. Er kann sich entweder den Herausgabeanspruch so übertragen lassen, daß der Vertretene ihn direkt erwirbt. Dabei muß er die Einigung über den Besitzübergang direkt auf den Vertretenen abschließen, ohne daß jedoch ein in fremdem Namen Handeln nach außen hervortreten müßte. Auch die Abtretung des obligatorischen oder dinglichen Herausgabeanspruchs kann mit direkter Wirkung für den Vertretenen erfolgen, ohne daß der Vertreter offen in seinem Namen handelt. Der Vertreter kann aber auch den Herausgabeanspruch und damit den mittelbaren Besitz für sich selbst erwerben und den mittelbaren Besitz zweiten Grades seinem Herrn nach § 871 verschaffen.

Der Mittler kann den Abtretungsvertrag mit dem Zedenten auch zugunsten eines Dritten, des Vertretenen, schließen, so daß dieser direkt den Herausgabeanspruch und damit den mittelbaren Besitz erwirbt (140 ff.).

§ 871. Kreß, Besitz und Recht 211. Die Bestimmung des § 871 will trotz ihres weiten Wortlauts nicht zulassen, daß der mittelbare Besitzer weitere mittelbare Besitzer über sich stellen kann; ein solcher Satz findet in dem geschichtlichen Werdegang unserer Besitzlehre nicht den mindesten Anhaltspunkt und würde zu absurden Folgen führen. Wer den mittelbaren Besitz auf einen anderen überträgt, verliert seinerseits die Rechtsstellung eines Besitzers. AM. z. B. Planck 751, Wolff, IheringsJ. **44** 148.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: In erster Linie ist auf die bei § 892 Ziff. I 1 mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. Februar 1910 hinzuweisen. Das RG. hat nach anfänglichem Schwanken sich nunmehr auf den von ihm auch für das preußische Recht stets vertretenen Standpunkt gestellt, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch dann seine Wirkung äußere, wenn ein Teil einer Katasterparzelle versehentlich auf einem Grundbuchblatt eingetragen ist. Es wird kaum zu viel gesagt, wenn diese Entscheidung als eine der unerläßlichen Voraussetzungen einer gedeihlichen Entwickelung des neuzeitlichen Grundbuchverkehrs bezeichnet wird. Denn die entgegengesetzte Ansicht würde die Besorgnis einer wirtschaftlichen Entwertung jedes dinglichen Rechtes einschließlich des Eigentums begründet haben. Der Fall, daß eine ganze Katasterparzelle versehentlich auf einem Grundbuchblatte gebucht ist, zu dem sie nicht gehört, ist natürlich in gleicher Weise zu behandeln. Mit Rücksicht auf ihre weittragende Bedeutung ist die Entscheidung in einem ausführlichen Auszuge wiedergegeben worden. — Über die Rechtsnatur der dinglichen Einigung haben Pabst in seiner bereits im vorjährigen Bericht erwähnten Schrift: „Die Rechtsnatur der Einigung im Sachenrecht" und Kretzschmar (§ 873 Ziff. I 1 a, b) geschrieben. Aus der Lehre von der Vormerkung ist die zu § 883 Ziff. I 1 mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts hervorzuheben, in der alle sich auf eine künftige Eigentümerhypothek beziehenden Vormerkungen, soweit sie nicht unter die Ausnahmevorschrift des § 1179 BGB. fallen, für eintragungsunfähig erklärt sind. — Die Frage der Übertragung und der Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist auch im Berichtsjahre mehrfach erörtert worden (s. den Bericht zu § 894).

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Von zusammenfassenden Darstellungen des Liegenschaftsrechts ist das im Berichtsjahre fertiggestellte Sachenrecht von Martin Wolff (erste Abteilung des zweiten Bandes des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechtes von Enneccerus, Kipp und Wolff) zu nennen. Ferner ist die 5. u. 6. Aufl. des Sachenrechts des von Staudingerschen Kommentars zum BGB. im Berichtsjahre vollendet worden. Von allgemeiner Bedeutung ist endlich auch noch Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung Vervielfältigung der Rechte.

§ 873. I. Die Einigung. 1. Die Rechtsnatur der Einigung. a) Kretzschmar, R. **10** 78. Nach der einen Ansicht, die als die herrschende bezeichnet werden kann, besteht der dingliche Vertrag in der Einigung, deren es auf dem Gebiete des Sachenrechts zur Herbeiführung einer auf Rechtsgeschäft beruhenden Änderung in der Regel bedarf. Nach der anderen Ansicht entbehrt die Einigung der selbständigen Bedeutung und bilden den dinglichen Vertrag die Einigung und die Eintragung in das Grundbuch bzw. die Einräumung des Besitzes. Im Anschluß an Bruck, Die Einigung im Sachenrechte des BGB., Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag, sowie Eccius, GruchotsBeitr. **47** 51 f., ist die zweite Ansicht für die richtige zu halten .... Besteht dagegen der Rechts-

grund in einem zwischen den Parteien geschlossenen Rechtsgeschäft und so insbesondere einem obligatorischen Vertrage, durch den sich der Passivbeteiligte dem anderen Teile zur Herbeiführung der Rechtsänderung verpflichtet, so ist zu unterscheiden, ob daneben noch eine besondere dingliche Einigung einhergeht oder nicht. Liegt eine weitere Einigung als die in dem obligatorischen Vertrag enthaltene nicht vor, so ist es ganz selbstverständlich, daß der dem obligatorischen Vertrag anhaftende Willensmangel (Scheingeschäft, wesentlicher Irrtum, Betrug, Zwang) auch dem dinglichen Vertrag anhaftet, weil die vorhandene Einigung zugleich einen Bestandteil des obligatorischen Geschäfts bildet (vgl. Kaufmann, JW. **04** 349). Beim Vorhandensein einer besonderen dinglichen Einigung aber wird der dem Kausalgeschäft anhaftende Mangel den dinglichen Vertrag wenigstens in der Regel beherrschen, dies nämlich bis auf den von der Gegenseite zu beweisenden Ausnahmefall, daß der Irrtum oder Zwang inzwischen beseitigt ist und der dingliche Vertrag daher eine Bestätigung des nichtigen oder anfechtbaren Kausalgeschäfts enthält. Das ist auch der Standpunkt des RG. **b)** Pabst, Die Rechtsnatur der Einigung im Sachenrechte, 141. Die Rechtsänderung im Fahrnis- wie im Liegenschaftsrechte kann auf die bloß erklärte Einigung hin nicht eintreten. Die Sache gehorcht niemals schon dem Worte. Sie gehorcht erst der Willenstat. Nur der irgendwie tätig gewordene Wille ruft unmittelbare Änderungen in den sachenrechtlichen Verhältnissen hervor. Es muß daher stets ein zweiter Rechtsakt der Einigung im technischen Sinne noch zu Hilfe kommen, der die Realisierung des erklärten Willens ermöglicht. Dieser zweite Rechtsakt charakterisiert sich je nach den Verhältnissen verschieden, als Rechtshandlung oder als Rechtsgeschäft im Fahrnisrecht, als verfahrensrechtliche Handlung oder als prozeßrechtliches Rechtsgeschäft im Liegenschaftsrechte. Durch ihn wird erst die Grundlage geschaffen, auf der die gewollte Rechtsänderung wirksam werden kann. Im Fahrnisrechte muß die Sache in die Lage gebracht werden, in der der Erwerber sofort fehlerfrei Eigenbesitzer werden kann. Im Liegenschaftsrechte muß die gewollte Rechtsänderung, um wirksam zu werden, im Grundbuche verlautbart sein. Der zweite Rechtsakt führt die tatsächliche Veränderung der gegenständlichen Verhältnisse herbei. Wie dieses Ziel erreicht wird, das tritt allerdings etwas in den Hintergrund. Der oft hierzu nötige komplizierte Mechanismus, der zur Erreichung dieses Zieles notwendig wird, spielt sich gewissermaßen hinter den Kulissen ab und reiht sich nur hinsichtlich seiner Wirkung als Element in den Verfügungstatbestand ein. Das verursacht den Anschein, als hätte man es bei dem Faktor Übergabe resp. Eintragung nicht mit Rechtsgeschäftselementen, sondern bloßen objektiven Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts zu tun und erschwert die Anerkennung des hier vertretenen Standpunkts. Dazu kommt noch, daß die Entstehung des zweiten Rechtsakts Übergabe resp. Eintragung nicht einheitlich erfolgt, sondern bald als Willensausführungshandlung, bald als Rechtsgeschäft, bald als Verfahrenshandlung erscheint. Die Einigung dagegen hat immer dieselbe starre Gestalt. Hier treten stets zwei sich zu einem Konsense zusammenschließende privatrechtsgeschäftliche Willenserklärungen in Erscheinung, und diese Gestaltung führt leicht dazu, die Einigung im technischen Sinne mit dem Konsens eines Nichtverfügungsgeschäfts auf gleiche Stufe zu stellen. Das Wesen des Verfügungsgeschäfts muß aber hiervor bewahren. Die Wirkung eines Verfügungsgeschäfts geht auf Rechtsänderung, und zwar auf unmittelbare Rechtsänderung. Dazu bedarf es aber eines tätigen Willens. Die bloße Willensübereinstimmung über die Rechtsänderung (auch die erklärte) reicht nicht zur Erreichung der Rechtsänderung aus. Die Einigung im technischen Sinne ist zwar ein Hauptfaktor im Rechtsgeschäftstatbestand, aber nicht der einzige. Eintragung und Übergabe sind neben ihr ebenso wichtige Faktoren. Die Einigung im technischen Sinne ist zwar ein rechtserhebliches Moment im Verfügungsgeschäftstatbestande, nicht aber selbst schon Vertrag.

2. Verhältnis von Einigung und schuldrechtlichem Vertrage. OLG. Dresden 4. 11. 08, SächsRpflA. **10** 179. Es ist ganz gewiß richtig, daß bei der Begründung, Übertragung und Aufhebung eines dinglichen Rechtes juristisch und namentlich nach dem Rechte des BGB. zwischen der (dinglichen) Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung und der Übernahme der (obligatorischen) Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung scharf unterschieden werden muß, und daß diese nicht identisch ist mit jener. Allein andererseits darf hierbei nicht außer acht gelassen werden, daß der große Verkehr sich dieses Unterschieds nicht bewußt zu sein und eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen dem obligatorischen Kausalgeschäft und dem Erfüllungsgeschäfte, dem sog. dinglichen Vertrage des ersten Entwurfes eines BGB., nicht Platz greifen zu lassen pflegt. Dies gilt in gleicher Weise für das Gebiet des Mobiliar- wie für das des Immobiliarsachenrechts. In unzähligen Fällen wird ein obligatorischer und dinglicher Vertrag geschlossen, ohne daß überhaupt ein Wort geäußert wird.

3. Wirkung der Einigung. a) **RG. 73** 50, R. **10** Nr. 1383. In der notariellen Eintragungs- oder Löschungsbewilligung liegt bereits eine dingliche Verfügung. Die Bindung besteht indes nur dem anderen Teile gegenüber und begründet nicht eine Verfügungsbeschränkung gegenüber Dritten (**RG. 55** 340, **66** 285). Der spätere Rechtserwerb eines Dritten wird auch nicht dadurch gehindert, daß er von der früheren Verfügung zugunsten des anderen Kenntnis hatte, sonach des guten Glaubens entbehrte. Denn der gute Glaube kann zwar einen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten heilen, nicht aber kann beim Erwerbe vom Berechtigten der schlechte Glaube den Rechtserwerb hindern. **b)** OLG. Rostock, SeuffA. **65** 15, MecklZ. **27** 360. Aus der bindend, d. h. unwiderruflich gewordenen Einigung allein ergibt sich ein Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an dem Grundstücke nicht.... Dabei ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Parteien im einzelnen Falle gleichzeitig mit der sachenrechtlichen Einigung auch den obligatorischen, die Verpflichtung zur Vornahme der Rechtsänderung begründenden Vertrag schließen oder die obligatorische Verpflichtung anerkennen.

4. Die **Form der** Einigung. SächsRpflA. **10** 179 (Dresden). Die Eintragung ist nicht die gesetzlich vorgeschriebene „Form" des Rechtsgeschäfts der Einigung. Deshalb ist diese nicht nach § 125 BGB. nichtig, weil sie der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt. Für sie besteht vielmehr überhaupt keine Formvorschrift. Eine solche enthält auch nicht die Bestimmung des § 873 Abs. 2 BGB., wo nur die Unwiderruflichkeit, und zwar nur die Unwiderruflichkeit vor der Eintragung von der Beobachtung der dort vorgesehenen Form abhängig gemacht worden ist.

II. Dingliche Wartrechte. Semeka, Das Wartrecht, ABürgR. **35** 121—190 (134). Wartrecht und Anwartschaft stellen sehr oft mehr als ein obligatorisches und weniger als ein dingliches Recht dar. Das BGB. hat den Begriff des dinglichen Rechtes sehr scharf ausgeprägt. Es hat sogar vielleicht diesen Gegensatz zu sehr zugespitzt. Eine Zwischenstufe zwischen rein dinglichen und obligatorischen Rechten bilden die dinglich gesicherten Wartrechte. Übt z. B. der Vormerkungsberechtigte sein Recht nicht aus, so entfällt die in der Vormerkung gelegene dingliche Wirkung. Der Vorerbe ist in seiner dinglichen Verfügungsmacht zugunsten des Nacherben wesentlich beschränkt.

§ 874. KG. 23. 5. 10, OLG. **21** 42. Dem Grundsatze der Spezialität grundbuchmäßiger Belastung wird bei der Eintragung eines der Ausübung nach auf einen Grundstücksteil beschränkten Wegerechts nicht schon dadurch genügt, daß der Inhalt des Rechtes durch den Namen „Wegerecht" gekennzeichnet wird. Zur näheren Bezeichnung des Inhalts ist vielmehr die Angabe erforderlich, auf welchen Teil des Grundstücks die Ausübung beschränkt sein soll. Auch diese Angabe ist entweder gemäß § 873 mit einzutragen oder es ist hinsichtlich ihrer gemäß § 874 BGB. auf die

Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen. Die Eintragung setzt in dem einen wie im anderen Falle voraus, daß die Angabe in der Eintragungsbewilligung enthalten ist. Sie kann dort entweder durch den Hinweis auf eine beizufügende Karte, die gemäß § 9 GBO. bei den Grundakten aufzubewahren ist, oder durch eine genaue Beschreibung der Ausübungsstelle gemacht werden.

§ 875. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 887. Die Auslegung der dinglichen Willenserklärung (Löschungsbewilligung) kann unter Heranziehung des ursächlichen Geschäfts erfolgen.

2. KG., KGJ. **39** A 226, SeuffBl. **10** 687. Wenn der Gläubiger einer im Wege der konkursrechtlichen Anfechtung angefochtenen Hypothek zur Abgabe der Bewilligung der Löschung der Hypothek verurteilt ist, so kann auf Grund des Urteils weder die Umschreibung der Hypothek auf den Gemeinschuldner noch die Umschreibung auf einen Dritten, sondern nur die Löschung der Hypothek verlangt werden.

3. KG., OLG. **20** 416. Löschung einer Hypothek infolge Nachweises der Zahlung an den Vormund des Gläubigers.

4. Käb, SeuffBl. **11** 605. Hypotheklöschungsbewilligung — nach BGB. — und Angabe des Löschungsgrundes.

§ 877. LG. Leipzig, SächsRpflA. **10** 483. In dem Falle, daß der Eigentümer eines Grundstücks in Ansehung einer eingetragenen Hypothek nachträglich sich gemäß § 800 ZPO. der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, ist zur Verlautbarung dessen im Grundbuche die Zustimmung der Nachhypothekengläubiger nicht nötig. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO. ist kein den Inhalt des materiellen Rechtes bestimmender, erweiternder, ändernder Akt. Er ist pactum executivum, schafft ein jus executivum, ein Vollstreckungsrecht oder, wie man auch vom Standpunkte der Theorie des Rechtsschutzanspruchs aus sagen kann, einen Vollstreckungsanspruch, das ist ein publizistisches Recht, welches zu dem zivilen Rechte hinzutritt. Welcher Art dieses Recht ist, erscheint dafür bedeutungslos; nur die Qualität als Summenanspruch entscheidet, die zivilistische causa ist gleichgültig, und so auch gleichgültig, ob das mit dem jus executivum ausgerüstete Recht persönlich oder dinglich ist. Daher kann von einer Rechtsänderung nicht die Rede sein, wenn nachträglich dem zivilen Rechte die Exekutivkraft beigelegt wird. Sie bedeutet auch bei der Hypothek nicht deren Steigerung oder Erweiterung, läßt vielmehr solche völlig unberührt. Daß bei der Richtung gegen „jeweiligen Eigentümer" die Eintragung im Grundbuch erfolgen soll, hat seinen Grund nicht in der Verdinglichung der Exekutivkraft im Sinne ihrer Qualifizierung als eines dinglichen Rechtes, einer Potenzierung der Hypothek, sondern lediglich in der Notwendigkeit der Publizität. Das wird deutlich, wenn der hypothekarische Anspruch ohne diese passive Ausdehnung nach § 794 Nr. 5 mit der Exekutivklausel ausgerüstet wird. Ihre Wirkung ist inhaltlich in dem einen wie anderen Falle dieselbe.

§ 878. 1. Die Entsch. des **RG.** JDR. **8** zu § 878 Ziff. **1** auch SeuffA. **65** 254.

2. BayObLG., BayObLG. **11** 397, R. **10** Nr. 2194. Eintragungsanträge des Gemeinschuldners, die vor der Eröffnung des Konkurses teils zurückgewiesen, teils durch Vormerkung erledigt worden waren, können, wenn sie nach der Eröffnung des Konkurses dem Grundbuchamte wieder vorgelegt werden, nicht zu Eintragungen im Grundbuche führen.

3. Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 149. Im allgemeinen bleibt das Grundbuch, solange das Konkursverfahren dauert, von demjenigen Zeitpunkt an für Verfügungen des Gemeinschuldners über Massegegenstände gesperrt, zu dem das Grundbuchamt von der Konkurseröffnung amtliche Kenntnis erlangt.

§ 879. I. Rangverhältnis. 1. KG., KGJ. **39** A 248. Der Rang mehrerer Rechte an einem Grundstücksrechte bestimmt sich nicht nach der Entstehung der Rechte, sondern nach dem Inhalte des Grundbuchs. Mehrere Pfandrechte an einer Gesamthypothek müssen auf dem einen Grundstücke denselben Rang haben, wie auf dem anderen Grundstücke. Andernfalls sind die Eintragungen nach ihrem Inhalt unzulässig und von Amts wegen zu löschen.

2. Ohl, R. **10** 606. Zwischen einer Hypothek und dem Rechte eines Nacherben besteht überhaupt keine Rangordnung. Eine Rangänderung kann daher schon aus diesem Grunde nicht in Frage kommen. Überdies bezieht sich der die Bestimmungen über nachträgliche Änderung des Rangverhältnisses enthaltende § 880 BGB. ebenso wie der § 879 nur auf solche Rechte, welche ein Grundstück belasten. Das Nacherbenrecht ist aber kein dingliches, grundstückbelastendes Recht in dem Sinne der §§ 879, 880 BGB.; es stellt vielmehr nur eine Beschränkung des Verfügungsrechts des zeitigen Grundstückseigentümers zugunsten des künftigen dar, die durch die vorgeschriebene Eintragung im Grundbuche für jeden Interessenten offensichtlich werden soll. Ein Rangverhältnis oder dessen Änderung ist hier ebensowenig möglich wie zwischen einer Hypothek oder einem sonstigen dinglichen Rechte und einer anderen Verfügungsbeschränkung des Eigentümers, etwa durch die Benennung eines Testamentsvollstreckers oder die Eröffnung des Konkurses.

3. KG., KGJ. **39** A 198. Die zur Sicherung des Anspruchs aus einem Wiederkaufsrecht eingetragene Vormerkung steht mit den Rechten an dem Grundstück in einem Rangverhältnis; es ist daher betreffs ihrer eine Rangänderung möglich.

II. Wesen des Ranges. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 33/6. Der Rang eines Rechtes gibt an, in welchem Umfange das Recht im Verhältnisse zu einem anderen Rechte ausgeübt, ob es vor, nach oder neben diesem Rechte ausgeübt werden darf. Der Rang der zweiten Hypothek ist eine kraft Gesetzes eintretende Folge der Ausschlußkraft der ersten Hypothek. Der Rang gehört also nicht zum Inhalte des Rechtes. Vgl. JDR. **6** zu § 877 Ziff. 1a, **7** zu § 877 Ziff. 4b.

§ 880. 1. LG. II Berlin, KGBl. **10** 67. Bei gleichzeitiger Einräumung des Vorranges für eine Hypothek mit mehreren Posten stehen diese beim Mangel anderweiter Bestimmung zu gleichem Range an Stelle der vortretenden Post. Die Bestimmung, daß die zurücktretenden Posten untereinander die bisherige Rangordnung behalten, bedarf der Eintragung.

2. **RG.** R. **10** Nr. 703. Die Rangeinräumung gegenüber einer Hypothek enthält nicht von selbst die Verpflichtung, den Erlös, der auf die zurückgetretene Hypothek fällt, dem Vertragsgegner auch dann zu überlassen, wenn dieser anmeldungssäumig (§ 110 ZVG.) wird.

3. OLG. Darmstadt, SeuffA. **66** 23, HessRspr. **11** 133. Die Gläubigeranfechtung führt zur Rechtsunwirksamkeit der mit Erfolg angefochtenen Rechtshandlung dem anfechtenden Gläubiger gegenüber, und es kann deshalb an sich, auch wenn beiderseits eingetragene Hypotheken in Frage stehen, eine Rangänderung unter diesen nicht in Betracht kommen, auch schon deshalb nicht, weil infolge der Anfechtung die angefochtene Hypothekeneintragung dem anfechtenden Gläubiger und seiner Hypothekeneintragung gegenüber ohne rechtliche Bedeutung ist und deshalb auch nicht die Stellung einer nachgehenden Hypothek haben kann. Es bedarf deshalb regelmäßig weder einer Abtretung der anfechtbar erworbenen Rangstelle noch einer buchmäßig zu verlautbarenden Rangänderung (Jaeckel, AnfG. 221, Jaeger, Gläubigeranfechtung 71). Trotzdem kann ein Antrag auf Eintragung des urteilmäßigen erfolgreichen Anfechtungsergebnisses im Grundbuche nicht für ausgeschlossen erachtet werden. Nach § 877 BGB. finden die §§ 873, 874, 876 BGB. auch auf Änderungen des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke Anwendung, und

im Anschlusse hieran bestimmt § 894 BGB., daß, wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung des Rechtes an einem Grundstücke mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, derjenige, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen kann, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Dieser Einwilligung bedarf es aber nach § 22 GBO. nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Dies trifft zu, wenn auf Anerkennung der Rechtsunwirksamkeit der für den Gegner eingetragenen Hypothek der Hypothek des Klägers gegenüber erkannt ist.... Auch die Zustimmung des Eigentümers kann bei einer derartigen Rechtslage zur Eintragung in das Grundbuch nicht für erforderlich erachtet werden.

4. **RG. 73** 173, JW. **10** 471. Ein Hypothekengläubiger ist auf Grund des Umstandes, daß eine ihm vorgehende und von einem Dritten ausgezahlte Hypothek, die auf den Dritten umgeschrieben werden sollte, versehentlich gelöscht und durch eine für den Dritten neu eingetragene Nachhypothek ersetzt worden ist, dem Dritten zur Einräumung des Vorranges nicht verpflichtet.

§ 881. 1. *Meiser, ZBlFG. **11** 296—320. Nach § 881 Abs. 4 bemessen sich einmal die Beträge, mit denen bei einem konkreten Erlöse das vorbehaltsbegünstigte, das vorbehaltsbelastete Recht und das Zwischenrecht zur Hebung kommen, es bemißt sich aber auch weiterhin nach jener Bestimmung die Rangfolge, die den Hebungsbeträgen zukommt. Eine vollständige, die Rechte umfassende feste Rangordnung besteht beim Rangvorbehalte, der genutzt ist, von vornherein überhaupt nicht, sondern ergibt sich erst mit Beziehung auf einen konkreten Erlös hinsichtlich der Verteilungsbeträge, die sich nach diesem Erlöse für die Rechte berechnen. Deshalb ist die Feststellung des geringsten Gebots besonders schwierig, wo man die Hebungsbeträge noch nicht kennt, wo aber mit fertigen Rangstellen der „Rechte" operiert werden soll. Willkürlich, aber notgedrungen wird man bei Festsetzung des geringsten Gebots den Fall anzunehmen haben, daß die drei fraglichen Rechte durch den Wert des Gebots voll gedeckt werden und hiernach die — allein vorhandene — Rangfolge der (vollen) Hebungsbeträge konstruieren müssen. Hiernach läßt sich dann das geringste Gebot nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes bestimmen, wobei, wenn der betreibende Gläubiger mehrere Ränge erhalten hat, was beim vorbehaltsbegünstigten und beim vorbehaltsbelasteten Rechte vorkommen kann, die besonderen Regeln hierüber zu beachten sind. — Im einzelnen wird eine allgemeine Rechnungsanleitung dafür geboten, wie bei bestimmten verfügbaren Erlössummen die Hebungsbeträge der drei Rechte gefunden werden. Das hier entwickelte Verfahren geht von der Berücksichtigung des „Zwischenrechts" aus und zerfällt in eine vorläufige Verteilung und in das sog. Korrekturverfahren, welch letzteres die spezielle Anwendung des § 881 Abs. 4 verkörpert. Die Methode wird zunächst in Worten geschildert und begründet und sodann an Beispielen ziffermäßig erläutert, wobei stets auf die wichtige Funktion des jeweiligen konkreten Erlöses hingewiesen wird. Endlich wird eine Rechnungsmethode für die Rangstellung der bei einem konkreten Erlös errechneten Hebungsbeträge der Rechte in Wort und Beispiel erörtert; denn wenn die Gesamtverteilungsbeträge der einzelnen Rechte festgestellt sind, weiß man noch nicht, ob sie voll im Range aufeinanderfolgen, gegebenenfalls wie, oder ob die vollen Hebungsbeträge in Teilsummen an verschiedenen Stellen rangieren und an welchen. Wie zunächst bezüglich der Verteilungssummen, so sind hier bezüglich ihrer Rangstellenausscheidung die Prinzipien des § 881, insbes. seines vierten Absatzes, anzuwenden.

2. Meiser, ZBlFG. **11** 296—320. Der vorbehaltene Betrag kann auch in mehreren Posten eingetragen werden und zwar für denselben oder auch für verschiedene Gläubiger. Auch braucht die Vorbehaltssumme nicht voll ausgenutzt zu werden.

3. Woerner, SeuffBl. **11** 606. Rangvorbehalt und Zwischenhypothek.

4. KGJ. **39** A 193 (KG.). Die Eintragung eines Rangvorbehalts in das Grundbuch ist zwar auch noch nach Eintragung des Rechtes, das zurücktreten soll, aber nicht mehr nach Eintragung des Rechtes zulässig, dem der Vorrang beigelegt ist.

§ 883. I. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. Vormerkungen hinsichtlich künftiger Eigentümerhypotheken. a) **RG. 72** 274, SeuffBl. **10** 106, BayNotZ. **10** 51, ElsLothJZ. **10** 89, GruchotsBeitr. **54** 457, JW. **10** 73, BayRpflZ. **10** 36, RJA. **10** 274, R. **10** Nr. 318. Zuzugeben ist, daß § 1179 BGB. zugunsten der Löschungsvormerkung die Eintragung des Eigentümers und dessen Eventualberechtigung genügen läßt; es handelt sich aber hier in der Tat nur um eine vom Gesetze bewußterweise gemachte Ausnahme, die darin ihren Grund hat, daß man solche Löschungsverpflichtungen obligatorischer Natur im Interesse anderer, insbesondere nacheingetragener Rechte erleichtern und mit dinglicher Wirkung ausstatten wollte. In den Protokollen der zweiten Kommission (III 607), der diese Vorschrift ihre Entstehung verdankt, ist ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Eintragung einer Vormerkung auf Grund der allgemeinen Vorschrift (§ 883 BGB.) nur bei einer zum mindesten sehr zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek möglich sei. Unter dieser Theorie kann, wie Planck Bem. 1 zu § 1179 BGB. mit Recht hervorhebt, nur die kurz vorher (III 603) erörterte Ansicht verstanden werden, daß jede Hypothekenbestellung zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek enthalte, die als solche mit der Hypothek belastet sei und bei deren Wegfall von selbst frei werde. Diese Ansicht würde allerdings, da dann ein gegenwärtiges eingetragenes Recht vorhanden wäre, der Anwendung des § 883 BGB. Raum schaffen; sie ist aber von der 2. Kommission nicht für richtig erachtet worden und hat im Gesetze keine Anerkennung gefunden. Vielmehr ist die Aufnahme einer besonderen Vorschrift beschlossen worden, die infolgedessen als Ausnahmevorschrift sich darstellt. Diese Vorschrift mag vielleicht in Fällen, die als eine teilweise Löschung aufgefaßt werden können, wie bei dem Rangrücktritt der Eigentümergrundschuld, Anwendung finden; einer analogen Ausdehnung auf andere Verfügungen über die Eigentümergrundschuld, insbesondere auf Übertragungen, aber ist sie nicht fähig. b) BayObLG., BayObLG. **10** 454, SeuffBl. **10** 76. So wenig wie die Eintragung der Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek ist die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts statthaft, daß der gegenwärtige Eigentümer verpflichtet ist, eine bestehende Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks in seiner Person vereinigt, an einen anderen zu übertragen. c) LG. München, SeuffBl. **10** 44. Die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts, daß der Grundstückseigentümer sich verpflichtet, eine künftig etwa zur Entstehung gelangende Eigentümergrundschuld auf einen anderen zu übertragen, ist unzulässig.

2. Vormerkung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. LG. Leipzig, SächsRpflA. **10** 483. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung kann nicht vorgemerkt werden, weil es sich nicht um eine Änderung des Inhalts der Hypothek, sondern um deren prozessuale Geltendmachung handelt (Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht [3] I 1041). S. auch den Bericht zu § 877.

3. Die Entsch. des KG. in RJD. 8 zu § 883 Ziff. I 7 a auch RJA. **10** 157.

II. Wirkung der Vormerkung. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2368. Gemäß ihrer rechtlichen Natur als Sicherungsmittel steht und fällt die Vormerkung mit dem Anspruche, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist (**RG. 58** 302). Insoweit hiernach eine Vormerkung nicht wirksam geworden ist, steht der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang und kann der Eigentümer die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Vormerkung verlangen (**RG. 65** Nr. 62). Dieser Anspruch steht nur dem jeweiligen Eigentümer zu.

2. *Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 72. Die Unwirksamkeit aus § 883 Abs. 2 BGB. ist in derselben Weise umgrenzt wie die aus § 135. Sie besteht proportional der Tragweite des durch die Vormerkung geschützten Anspruchs und in erster Linie für den Träger des gesicherten Rechtes.

3. *Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbote, 419, 433, 435, 439. Die Wirkung der Vormerkung ist in derselben Weise zu konstruieren, wie die des relativen Veräußerungsverbots zugunsten eines obligatorischen Anspruchs. Vgl. den Bericht o. Ziff. 2 zu § 135 BGB.

III. Art der Eintragung der Vormerkung. LG. Traunstein, BayRpflZ. **10** 348. Wenn eine Vormerkung auf Rangrücktritt einer Hypothek eingetragen werden soll, ist es (im Gegensatze zu § 881 BGB.) nicht erforderlich, daß der Betrag ziffernmäßig feststeht, gegenüber dem der Berechtigte zurücktreten soll.

§ 885. OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **10** 264. Auf Grund der in einer unter dem früheren Rechte errichteten Urkunde enthaltenen Verpflichtung des Verkäufers, „an der ihm verbleibenden Restparzelle dem Erwerber des Teilgrundstücks einen Weg zu gestatten", kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Wegedienstbarkeit in das Eigentumsbuch besonders dann nicht eingetragen werden, wenn bezüglich des zu belastenden Grundstücks eine Sonderrechtsnachfolge eingetreten ist. Es ist vielmehr die Eintragungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers erforderlich.

§ 888. *Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbote, 420. Die Zustimmung, die dieser Paragraph vorschreibt, ist nicht aus formellen, sondern aus materiellen Gründen erforderlich, weil nur der Erwerber Eigentümer usw. ist, auch gegenüber dem Vorgemerkten und dem durch relatives Veräußerungsverbot Geschützten.

§ 890. Rüde, BadRpr. **10** 8. Die Vereinigung der Grundbücher.

§ 891. 1. **RG.** WarnE. **3** 63. In seinem Urteil V. 309/05 v. 9. Mai 06 hat der jetzt erkennende Senat angenommen: Die Widerlegung der Vermutung aus § 891 sei nicht schlechthin jedermann freigegeben, es sei vielmehr vorausgesetzt, daß der Widerlegende seinerseits ein das eingetragene Recht ausschließendes oder einschränkendes Recht besitzt und so an der Widerlegung der Vermutung ein rechtliches Interesse hat. Auf dem gleichen Standpunkte steht mit Bezug auf das preußische Eigentumserwerbsgesetz das Urteil des 2. Hilfssenats vom 17. Febr. 1881 (Gruchots Beitr. **26** 1118), wo auf Grund des § 7 dieses Gesetzes angenommen ist, daß der dortige Kläger ohne den Nachweis seines wahren Eigentums zur Vindikation der Streitfläche an sich befugt sei und dies so lange bleibe, als nicht seine Eintragung gemäß dem § 9 mit Erfolg angefochten ist, und wo im Anschlusse hieran gesagt ist, daß es zu solcher Anwendung eines besonderen Anfechtungsrechts des Anfechtenden, also entweder eines eigenen Vindikationsrechts oder eines persönlichen Anspruchs gegen den Eingetragenen bedürfe. Hieran ist festzuhalten.

2. SächsOLG. **31** 165, R. **10** Nr. 3770 (Dresden). Durch die Eintragung, daß eine aus einer Erbschaft stammende Hypothek nach dem Tode der Gläubigerin auf die Nacherben übergehe, wird die Zugehörigkeit der Hypothek zur Vorerbschaft nachgewiesen.

§ 892. I. Die Anwendbarkeit des § 892 auf die Bestandsangaben. 1. **RG.** 12. 2. 10, **73** 125, SeuffA. **65** 355, JW. **10** 580, DJZ. **10** 705, R. **10** Nr. 1968. Die angeblich herrschende Meinung nimmt an, daß der § 892 dann nicht anwendbar sei, wenn ein Teil einer Katasterparzelle versehentlich auf einem unrichtigen Grundbuchblatt eingetragen ist. Es finden sich auch in früheren Entscheidungen des erkennenden Senats beiläufige Bemerkungen, die dieser Ansicht zuzuneigen scheinen (**RG. 61** 188; ferner die Urteile v. 23. März 1901, V. 14/01, v. 9. Jan. 1904, V. 287/03 und v.

29. Juni 1904, V. 74/04). Bei nochmaliger Prüfung der bisher von ihm nicht näher erörterten Frage ist indes der Senat zu anderer Auffassung gelangt, die auch in der Theorie zahlreiche und namhafte Vertreter gefunden hat (vgl. die Zusammenstellung bei Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4] [1909] 390 Anm. 61). Folgende Erwägungen sind als maßgebend erachtet worden. Der Zweck der Bestimmung des § 892 ist derselbe, den § 932 hinsichtlich des Erwerbes von Eigentum an beweglichen Sachen, § 1032 Satz 2 hinsichtlich des Erwerbes eines Nießbrauchs und § 1207 hinsichtlich des Erwerbes von Pfandrechten an beweglichen Sachen aus der Hand eines Nichteigentümers im Auge hat. Alle diese Bestimmungen wollen ermöglichen, daß der Grundsatz: „Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat" für den Fall gutgläubigen Erwerbes ausgeschaltet wird, und wollen mithin den gutgläubigen Erwerb jenem Grundsatze gegenüber schützen. Nur die Voraussetzungen des guten Glaubens und sein Gegenstand sind andere, je nachdem es sich um den Erwerb von Rechten an einer beweglichen Sache oder um einen solchen im Gebiete des Liegenschaftsrechts handelt. Hier ist Voraussetzung des gutgläubigen Rechtserwerbes, daß sich der gute Glaube auf den Inhalt des Grundbuchs stützt, und daß er diese Stütze im besonderen Falle auch insofern gefunden hat, als der Inhalt des Grundbuchs den Rechtserwerber im Zeitpunkte des beabsichtigten Erwerbes zu der Annahme berechtigt hatte, daß die Übertragung des Rechtes von dem Übertragenden rechtsgeschäftlich mit Wirkung vorgenommen werden könne. Dem Rechtsurheber kann es an der Fähigkeit der Rechtsgewährung einmal deshalb mangeln, weil das zu übertragende Recht überhaupt nicht besteht, sodann aber auch deswegen, weil das Recht, um dessen Übertragung es sich handelt oder auf Grund dessen ein Recht an der Sache für einen anderen begründet werden soll, zwar vorhanden ist, in Wirklichkeit jedoch nicht dem Rechtsurheber, sondern einem anderen zusteht. Der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs soll den Mangel des Rechtes in der Person des Rechtsurhebers in Fällen beiderlei Art überwinden. Folgt man diesen Erwägungen, so ergibt sich zunächst soviel, daß für gutgläubigen Erwerb auch im Gebiete des Liegenschaftsrechts überhaupt nur dann Raum ist, wenn der gute Glaube die rechtliche Beziehung des Rechtsurhebers zu dem zu übertragenden oder zu gewährenden Rechte zum Gegenstande hat. Denn eben diese tatsächlich nicht vorhandene rechtliche Beziehung muß der Erwerber gutgläubig als gegeben annehmen. Daraus folgt aber weiter, daß auch im Falle des § 892 BGB. überall nur rechtliche Verhältnisse eine Rolle spielen können, dagegen nicht auch rein tatsächliche Umstände, die eine rechtliche Beziehung überhaupt niemals ergeben. Für denjenigen, der eine bewegliche Sache von einem Nichteigentümer erwirbt, kommt es nur darauf an, daß er im Zeitpunkte des Rechtsüberganges hinsichtlich des Eigentumsrechts seines Rechtsurhebers an der Sache gutgläubig (im Sinne des § 932) war, während es bedeutungslos ist, was er hinsichtlich der tatsächlichen Beschaffenheit der Sache oder betreffs des Ortes, wo sie sich befinde, annahm. Ebenso kann es auch für den gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks nur entscheidend sein, daß der Erwerber gutgläubig im Sinne des § 892 angenommen hat, der Bucheigentümer sei auch der wirkliche Eigentümer des Grundstücks. Dagegen ist es grundsätzlich gleichgültig, was der Erwerber betreffs der rein tatsächlichen Verhältnisse des Grundstücks im Vertrauen auf den Buchinhalt annahm. Mit Recht geht sonach auch die allgemeine Ansicht dahin, daß der Inhalt des Grundbuchs für den Erwerb im guten Glauben nur insoweit in Betracht komme, als er sich auf ein Rechtsverhältnis bezieht. Geht man davon aus, dann hängt die Entscheidung der Streitfrage, wieweit vorliegend die aus dem Steuerkataster in das Grundbuch übernommenen Einträge vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt worden, ebenfalls allein davon ab, welche Bedeutung den einzelnen Einträgen in rechtlicher Hinsicht zukommt,

und es ergibt sich als Antwort: Sind Einträge der bezeichneten Art geeignet, eine rechtliche Beziehung des Grundstückseigentümers zum Grundstücke nachzuweisen, dann gehören sie zu dem Teile des Grundbuchinhalts, den der öffentliche Glaube des Grundbuchs deckt; diejenigen Einträge dagegen, die nur über die tatsächlichen Verhältnisse des Grundstücks Auskunft zu geben vermögen, sind für den gutgläubigen Erwerb unbeachtlich, wenngleich sie unleugbar ebenfalls zum Inhalte des Grundbuchs gehören. Demgemäß ist aber in der Tat alles unbeachtlich, was das Grundbuch über das Flächenmaß oder über die örtliche Lage des Grundstücks, wie endlich über die auf der Grundfläche vorhandenen Baulichkeiten (die Bestandteile im Sinne der §§ 93, 94 BGB.) enthält. Anders verhält es sich dagegen mit demjenigen Eintrage, der eine bestimmte Grundfläche als zum Grundstücke zugehörig nachweist, weil durch ihn zugleich zum öffentlichen Glauben festgestellt wird, auf welchen Gegenstand sich die eingetragenen Rechte erstrecken, und insonderheit, welche Grundfläche das Eigentumsrecht des als Eigentümer Eingetragenen zum Gegenstande hat und umfaßt. Der § 892 besagt allgemein, daß „der Inhalt des Grundbuchs" als richtig gilt, und bezieht sich also damit unterschiedlos auf alle aus dem Inhalte des Grundbuchs ersichtlichen Rechtsverhältnisse. Wo ein Grundstück belegen ist, ob „im Dorfe" oder „im Mittelfelde", ob sein Flächeninhalt 10 ha oder 12 ha beträgt, ob es mit mehr oder weniger Gebäuden besetzt ist, das alles ist hier unwesentlich. Denn wie die Sache auch sei, jedwedes eingetragene Recht haftet an dem gegebenen Grundstücke. Welche Fläche aber das Grundstück ausmacht, das ist von entscheidender Bedeutung. Eigentum an einem Grundstücke kann man sich nicht anders vorstellen als in Beziehung auf eine bestimmte Grundfläche. Soll daher das Rechtsverhältnis des Eigentums an einem Grundstücke Gegenstand des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs sein, so muß aus diesem ersehen werden können, auf welchen abgegrenzten Teil der Erdoberfläche sich das Eigentum bezieht, und das Ersichtliche muß maßgebend sein, weil sonst der öffentliche Glaube gegenstandslos sein würde. Und was so von dem Eigentume gilt, muß auch gelten von anderen Rechten an einem Grundstück und Rechten an solchen Rechten, über die das Grundbuch Auskunft gibt. Ob der Inhalt des Grundbuchs der Voraussetzung, eine bestimmte Grundfläche als Gegenstand der eingetragenen Rechte nachzuweisen, genügt, das ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen. Es wird dabei im allgemeinen auf die Art der der Landesgesetzgebung überlassenen Einrichtung der Grundbücher und im besonderen auf den Inhalt des betreffenden Eintrags ankommen. Erforderlich ist jedenfalls, es genügt aber auch, wenn der Inhalt des Grundbuchs den fraglichen Bestandsnachweis ergibt. Endlich ist auch, wenn Einträge der fraglichen Art aus einem Steuerkataster in das Grundbuch übernommen worden sind, dieser Umstand für die Frage, ob der Eintrag durch den guten Glauben des Grundbuchs gedeckt wird, unerheblich. Der § 892 unterscheidet auch nicht nach dem Ursprunge oder nach dem Entstehungsgrunde der Eintragungen. Aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten ist nicht, wie vielfach angenommen wird, eine gegenteilige Auffassung zu entnehmen. Vielmehr ist darin eine Stütze der hier vertretenen Ansicht zu finden. . . . Auch vom Standpunkte des Verkehrsinteresses aus muß behauptet werden, daß überwiegende Gründe für die hier vertretene Auffassung des § 892 BGB. sprechen. Auf der einen Seite steht allerdings das Interesse des wahren Eigentümers in Frage, weil er der Gefahr ausgesetzt ist, infolge eines Irrtums auf seiten der Katasterbehörde und infolge der auf diese Weise verursachten Unrichtigkeit des Bestandsverzeichnisses im Grundbuche zugunsten des gutgläubigen Erwerbers sein Eigentum zu verlieren. Auf der anderen Seite aber handelt es sich um die Schutzbedürftigkeit des gutgläubigen Erwerbers selbst, sowie namentlich um den Schutz des Realkredits. Und diese

Interessen sind die überwiegenden. Es könnte niemand ohne Besorgnis ein Grundstück erwerben oder ein solches beleihen, falls er sich nicht darauf verlassen dürfte, daß Gegenstand des Erwerbes oder im anderen Falle der Haftung die durch den Inhalt des Grundbuchs nachgewiesene Grundfläche ist. Im übrigen steht das BGB. auch bei beweglichen Sachen grundsätzlich auf dem Standpunkte, daß das Interesse des Eigentümers hinter dem des gutgläubigen Erwerbers zurückstehen muß, und es ist ausgeschlossen, daß das Gesetz für das Gebiet des Liegenschaftsrechts von einer anderen Anschauungsweise ausgegangen sein könnte.

2. LG. Darmstadt, HessRspr. **11** 36. Auch nach dem neuen Rechte bilden die Grundsteuerkataster das amtliche Verzeichnis des § 2 GBO. Die Konsequenz davon ist, daß der Erwerb des katastermäßig bezeichneten Grundstücks oder eines Rechtes davon nach Maßgabe der Flurkarte, also in den Grenzen erfolgt, welche sich durch die Übertragung der Kartenfigur in die Örtlichkeit ergeben.

II. Falsa demonstratio. **RG.** R. **10** Nr. 704. Wenn bei einem Grundstücksverkaufe beide Teile unter der gewählten Katasterbezeichnung tatsächlich nur einen Teil der unter dieser Katasterbezeichnung im Grundbuch eingetragenen Grundfläche verstanden haben — falsa demonstratio —, so kann von einem gutgläubigen Erwerbe des übrigen Teiles der Grundfläche keine Rede sein.

III. Die Grenzen des guten Glaubens. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3181. Der gutgläubige Erwerber eines Grundstücks, das bereits Teil eines öffentlichen Weges geworden ist, erwirbt trotz seines guten Glaubens nur ein beschränktes Eigentum.... Der § 892 schützt den gutgläubigen Erwerber nur gegen solche dinglichen Rechte, die zu ihrer Rechtswirksamkeit der Eintragung bedürfen; dazu gehört aber das hier in Rede stehende Recht nicht.

2. KG., KGJ. **39** A 154. Der Erwerber eines Grundstücks kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn das Grundstück zur Zeit der Auflassung auf zwei Grundbuchblättern für zwei verschiedene Eigentümer eingetragen stand.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3004. Diese Bestimmung bezieht sich nicht auch auf die Anfechtbarkeit des dem Grundbucheintrage zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts im Sinne des Anfechtungsgesetzes. Das Grundbuch ist nicht dazu bestimmt, darüber Auskunft zu geben, ob ein unter den Zunächstbeteiligten gültiger Eintrag auf einem Rechtsgeschäfte beruht, das den Gläubigern gegenüber nach dem angezogenen Gesetz unwirksam ist.

IV. Die Zerstörung des guten Glaubens. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3180, SeuffBl. **11** 61. Zur Zerstörung des guten Glaubens des Erwerbers ist nicht notwendig, daß er sein Wissen von dem mangelnden Rechte des Veräußerers von diesem selbst herleitet. Es genügen auch Mitteilungen von dritter Seite.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1969. Zur Zerstörung des guten Glaubens eines Hypothekenerwerbers sind eingehende Kenntnisse vom Sach- und Rechtsverhältnis erforderlich (GruchotsBeitr. **50** 992, JW. **06** 226 Nr. 10). Das bloße Wissen des Gegenüberstehens von Gegenforderungen genügt nicht.

V. Giesecke, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 BGB. in seiner Wirkung Grundstücksrechten gegenüber (24). Die Person des Dritten wird negativ bestimmt: es ist derjenige, welcher weder unmittelbar nach dem Inhalte der Eintragung berechtigt, noch durch sie verletzt ist. Dieser Ansicht ist zuzustimmen; sie entspricht dem Zwecke des § 892, den Verkehr zu sichern; sie findet eine Stütze in den Motiven.... (25) Grundlegend für die Beantwortung der Frage, welche Berechtigungen als Rechte an einem Grundstück unter dem Schutze der Publizität stehen, ist der Gedanke, daß § 892 seiner systematischen Bedeutung und seinem Inhalte nach unbedingt als rein privatrechtliche Norm anzusehen ist. Nur für die Verhältnisse des privatrechtlichen Liegenschaftsverkehrs hat seine Vorschrift Geltung;

öffentliche Grundstücksbelastungen, welcher Art sie auch sein mögen, genießen seinen Schutz nicht. Dies gilt nicht nur für den Regelfall, daß die Lasten nichtprivatrechtlicher Natur dem Grundbuche fremd sind, sondern auch dann, wenn sie ausnahmsweise kraft landesrechtlicher Vorschrift Aufnahme in das Buch gefunden haben.... (27) Nur diejenigen dinglichen Rechte an einem Grundstücke, die bestimmt sind, in das Grundbuch eingetragen zu werden, können durch § 892 hinsichtlich ihres Erwerbes geschützt werden. Diese Einschränkung rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß die fragliche Vorschrift nur demjenigen Grundstücksverkehre dient, der sich auf der Institution des Grundbuchs aufbaut ... (29). Es ist auch dem Erwerber eines nicht gebuchten, aber an sich dem Buche angehörigen Rechtes der Publizitätsschutz, soweit es überhaupt möglich ist, zu gewähren.... Die Anwendung des § 892 auf den Erwerb der Vormerkung ist ausgeschlossen.... (33) Durch die Worte des Gesetzes ist die Auffassung ausgeschlossen, daß eine Person des Schutzes der Publizität teilhaftig werden könne, die in nur persönliche Beziehungen zu einem Grundstücke tritt. Solche Rechte obligatorischer Art sind insbesondere der Anspruch aus einem Kaufvertrage, das persönliche Vorkaufsrecht und andere. Hierher gehören auch die Rechte des Mieters und des Pächters eines Grundstücks. Allerdings erhalten diese Personen durch die Besitzüberlassung des Grundstücks eine besonders gesicherte Stellung nicht nur gegenüber Dritten (aus dem Besitzschutze heraus), sondern auch gegenüber dem Grundstückseigentümer. Die sich ergebende Rechtsposition kommt einer dinglichen Sicherung sehr nahe. Die Systematik des Gesetzbuchs bezeichnet und behandelt sie aber trotzdem nicht als Recht an dem vermieteten oder verpachteten Grundstücke. Ihr Erwerb steht daher nicht unter § 892. Nur ein einziges obligatorisches Recht ist es, dem das Gesetz unter Durchbrechung des von ihm selbst aufgestellten Grundsatzes den Schutz des öffentlichen Glaubens zuteil werden läßt. Im § 1138 ist ausdrücklich bestimmt, daß auch für die Forderung, für welche auf einem Grundstück eine Verkehrshypothek lastet, § 892 gelten solle. Die Ausdehnung der Publizität auf dieses rein persönliche Recht rechtfertigt sich aus dem Bedürfnisse des Realkredits.... (47) Ein error juris, der jemand veranlaßt, aus einer Tatsache nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu folgern, muß unschädlich sein, denn die Publizität des Grundbuchs hat gerade den Zweck, den Widerstreit zwischen Tatsachen und juristischen Folgerungen zu mildern. Immerhin gibt es zwei Fälle, in denen das Gesetz der positiven Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs das Kennen einer anderen Tatsache, aus der jene Unrichtigkeit sich herleitet, gleichstellt. Der eine Fall ist die Anfechtung (im Sinne des BGB.). Die Anfechtungserklärung hat insofern rückwirkende Kraft, als die angefochtene Willenserklärung von vornherein nichtig wird. Wer hinsichtlich einer Erklärung wußte, daß sie angefochten werden könne, wird, wenn die Anfechtung tatsächlich erfolgt, nach § 142 BGB. ebenso behandelt wie einer, der die Nichtigkeit kennt. Auf der anderen Seite gilt nach § 23 Abs. 2 ZVG. die Kenntnis davon, daß ein Antrag auf Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung gestellt ist, der Kenntnis von der erfolgten Beschlagnahme des Grundstücks gleich.... (48) Die einzige positive Voraussetzung, welche der gute Glaube enthält, ist die, daß der Erwerber den Willen gehabt hat, nach den Angaben des Grundbuchs zu erwerben. Damit soll nicht gesagt werden, daß er den Grundbuchinhalt gekannt haben müsse. Dies ist ebensowenig erforderlich, wie daß er von der Befugnis des § 11 GBO. Gebrauch gemacht und das Grundbuch eingesehen hat. Hat er sich aber beim Erwerb, ohne sich um das Grundbuch zu bekümmern, auf das verlassen, was sein Geschäftsgenosse von dem zu erwerbenden Rechte behauptet hat, hat er also den ausgesprochenen Willen gehabt, nach Maßgabe anderer Angaben, als der des Grundbuchs, zu erwerben, so kann er sich nicht nachträglich auf den ihm günstigeren Grundbuchinhalt stützen.... (56) Inhalt des Grundbuchblatts muß alles das sein, was überhaupt aus dem Grundbuche sich ergibt.... (57) Von diesem

Satze besteht eine scheinbare Ausnahme. Zum Wesen des Grundbuchs gehört, daß seine Führung Beamten obliegt, die dazu vom Staate besonders angestellt sind. Deshalb können Eintragungen, die im Widerspruche hiermit von einem Unbefugten vorgenommen werden, nicht zum Inhalte des Rechtsreflektors werden, es kann ihnen daher der öffentliche Glaube nicht zukommen. Das muß in gleicher Weise gelten, mag die Person, welche die Eintragungen fälscht, völlig außerhalb des Grundbuchamts stehen, oder als nichtrichterlicher Grundbuchbeamter eigenmächtig eine Eintragung vornehmen. Grundsätzlich müßte auch die örtliche Unzuständigkeit diese Folge haben. Durch Landesgesetz ist aber in den meisten Bundesstaaten angeordnet, daß in diesem Falle trotz des Verfahrensmangels die Eintragungen als vollwirksam anzusehen sind.... (60) Das Geltungsgebiet des öffentlichen Glaubens umfaßt außer Rechten und Verfügungsbeschränkungen auch diejenigen sonstigen Buchangaben, die das Objekt des dinglichen Rechtserwerbes fest umschreiben.

VI. Verfügungsbeschränkungen. 1. OLG. Karlsruhe, BadNotZ. **10** 207. Der Ausschluß der Abtretung oder Verpfändung einer Hypothek kann als dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung in Ansehung der Hypothek ins Grundbuch eingetragen werden. Es bedarf jedoch des Nachweises der Vereinbarung über den Ausschluß der Abtretung und Verpfändung durch Vorlage des Vertrags oder Urteils; eine einseitige Willenserklärung (Eintragungsbewilligung) genügt nicht.

2. Herold, SächsRpflA. **10** 321—331. Die Eintragung gerichtlicher Veräußerungsverbote als Grenze der Anspruchsicherung im Grundbuche (vgl. zunächst den Selbstbericht oben zu § 136). Die Wirkung des Veräußerungsverbots nach §§ 135, 136 BGB. tritt ohne weiteres mit seinem Erlaß ein und bedarf insbesondere bei Grundbuchrechten zu seinem Entstehen nicht der Eintragung ins Grundbuch. Deshalb aber ist das Grundbuch unrichtig, wenn es bei dem vom Veräußerungsverbote betroffenen Rechte nicht die im Veräußerungsverbote liegende Verfügungsbeschränkung aufweist und kann seine Eintragung im Wege der Grundbuchberichtigung verlangt werden.... (323) Das Veräußerungsverbot ist außer bei endgültig eingetragenen Grundbuchrechten auch bei solchen Rechten eintragbar, die außerhalb des Grundbuchs entstanden und zunächst ohne Grundbuchberichtigung nur durch Widerspruch geschützt sind, und weiter auch gegenüber nur vorgemerkten Rechten.... (323) Es kann auch die Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO. der Verlautbarung des Veräußerungsverbots nicht hinderlich sein. Denn es ist gewiß richtig, daß auch das Veräußerungsverbot im Grundbuch einer anderen Eintragung als Grundlage bedarf. Dies erfordert nicht nur die Formvorschrift des § 40 GBO., sondern der ganze Aufbau unseres Grundbuchsystems, von dem diese Vorschrift nur eine an sich selbstverständliche Folge bildet. Aber der Widerspruch und die Vormerkung haben eben als Grundlage zu gelten, in ihnen ist der von dem Veräußerungsverbote Betroffene tatsächlich als der Berechtigte eingetragen.... (324) Ein Veräußerungsverbot kann, wie schon sein Name sagt, nur gerichtet sein gegen veräußerliche Rechte. Es kann sich also nicht richten gegen eine nichtige Hypothek.... Die Löschungsbefugnis des Eigentümers kann sich gegen solche Vermerke richten, die selbst bloß dazu bestimmt sind, Verfügungsbeschränkungen gegen den Grundbuchglauben zu schützen. Klar ist dies bei Vermerken der Beschränkung des Betroffenen in der Verfügungsmacht, wie sie wegen Konkurseröffnung, Nachlaßverwaltung, Vorerbschaftsverwaltung (BGB. § 2199) und Testamentsvollstreckung verlautbart werden.... Aber auch der Vermerk des Nacherbrechts während bestehender Vorerbschaft kann nicht zur Grundlage eines Veräußerungsverbots dienen, wenngleich die Nacherbschaft als solche sich schon während der Dauer des Vorerbrechts als ein veräußerliches und der Regel nach vererbliches Recht darstellt.... (325) Dann können auch der Vermerk des Rangvorbehalts nach § 881

BGB. und der Löschungsanspruch nach § 1179 BGB. nicht für sich durch Pfändungen oder Veräußerungsverbote beeinträchtigt werden. . . . Auch die bloß künftige Eigentümergrundschuld kann nicht durch eintragbare Veräußerungsverbote ergriffen werden. . . . Was die Ansprüche anlangt, zu deren Schutze Veräußerungsverbote erlassen werden können, so ist zunächst hervorzuheben, daß es sich dabei meist um persönliche Ansprüche handelt. . . . (326) Weiter aber kann ein Veräußerungsverbot anders als die Vormerkung auch zum Schutze dinglicher Rechte gegeben werden und wenn auch eingetragene dingliche Rechte die Eintragung, nichteingetragene meist der Berichtigungsanspruch und der Widerspruch schützt, so bleibt doch für das Veräußerungsverbot an beiden dinglichen Rechten ein nicht unwesentliches Geltungsgebiet offen. So kann es vorkommen, daß ein ohne vorherige oder gleichzeitige persönliche Verpflichtung nach § 873 Abs. 1 und 2 BGB. entstandener dinglicher Anspruch nicht sofort durch Eintragung zur dinglichen Vollendung gebracht werden kann und einstweilen geschützt werden muß (s. u. 329 ff.). Ein weiterer häufiger Fall aber, wo das Veräußerungsverbot zum Schutze eines dinglichen Anspruchs wirkt, ist bei der Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse nach § 859 Abs. 2 ZPO. gegeben. . . . (327) Ist die Eigentümergrundschuld bereits entstanden, und zwar die Grundbuchberichtigung nicht sofort herbeizuführen, die Unrichtigkeit des Grundbuchs aber für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung genügend glaubhaft zu machen, so kann das Veräußerungsverbot recht gut zur Anspruchssicherung dienen. . . . Weiter kann ein Veräußerungsverbot eingetragen werden zum Schutze gegen die Verfügung über bloß vorgemerkte Ansprüche, so namentlich über das häufig vorgemerkte Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB. . . . (328) Das Veräußerungsverbot ist auch das am besten geeignete Mittel zum Schutze der Anfechtung der Übertragung von Grundbuchrechten wegen Gläubigerbenachteiligung. . . . Ferner kann das Veräußerungsverbot bei der nach § 859 Abs. 2 ZPO. zulässigen Pfändung von Erbteilen eine erfolgreiche Wirksamkeit entfalten. . . . Ist ein zu einem Nachlasse gehöriges Grundbuchrecht bereits auf die Erbengemeinschaft umgeschrieben, so wird auf Grund eines nach § 859 Abs. 2 ZPO. ergangenen Pfändungsbeschlusses, bei dem die anderen Miterben die Stelle von Drittschuldnern einnehmen (ZBlFG. **10** 539, OLG. **20** 353), das im Pfändungsbeschlusse liegende Veräußerungsverbot eingetragen werden können. Dies kann auch in der Weise geschehen, daß die Tatsache der Pfändung im Grundbuche vermerkt wird, denn diese enthält eben im Gegensatze zur Anfechtung das Veräußerungsverbot. Damit ist nicht etwa die Pfändung des Grundbuchrechts als solche eingetragen. . . . (329) Ist die Umschreibung der Erbengemeinschaft auf die Erben noch nicht erfolgt, und ist die nach § 22 GBO. hierzu erforderliche Einwilligung der Erben nicht zu erlangen, so wird auf Grund eines Erbscheins, den nach § 792 ZPO. auch ein Gläubiger des Erben beantragen kann, durch einstweilige Verfügung wenigstens ein Widerspruch zugunsten der Erbengemeinschaft erlangt und nach dessen Eintragung auch das Veräußerungsverbot in das Grundbuch gebracht werden können. . . . Ein ungemein wichtiges und juristisch interessantes Gebiet für das gerichtliche Veräußerungsverbot und seine Eintragung bieten endlich noch die §§ 940, 938 ZPO. in Fällen, in denen der Schutz gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs völlig zu versagen scheint, z. B. in dem Falle, daß ein Eigentümer sein Grundstück in gehöriger Form an einen anderen aufgelassen hat und die Ausfertigung der Auflassungsverhandlung in dessen Händen weiß, dann aber die Auflassung wegen Betrugs anficht und Schutz durch einstweilige Verfügung begehrt.

3. Das Verbot des § 90 Abs. 2 PrivVersUG. a) v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 55. Die Beschränkung des § 90 Abs. 2 PrivVersUG. ist als eine durch Sondergesetz (EG. Art. 32) eingeführte privatrechtliche Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 135 anzusehen und zu behandeln.

Danach bedarf die Verfügungsbeschränkung zum Schutze gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der Eintragung. Diese Eintragung kann sowohl die Versicherungsunternehmung als auch das Aufsichtsamt, dieses im Wege des Ersuchens (§ 39), beantragen. **b)** Voß, ZVersW. **10** 713—727. (718). Das Verbot des § 90 Abs. 2 PrivVersUG. führt zu einer Verfügungsbeschränkung im Sinne der §§ 892, 893 BGB. Diese unterscheidet sich vom Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB. in einem ganz wesentlichen Punkte. Das Veräußerungsverbot erzeugt in dem Rechte des Verbotsträgers einen Rechtsmangel, der zugleich den Verbotsgegenstand zugunsten des Geschützten einer substantiellen Haftung unterwirft. Kann der Geschützte sein Recht verwirklichen, so kann er das Recht des Verbotsträgers zum Zwecke eigener Verfolgung sich dienstbar machen, wie wenn die verbotswidrige Verfügung nicht getroffen wäre. Die auf § 90 Abs. 2 PrivVersUG. gestützte Verfügungsbeschränkung erzeugt keinen materiellen Mangel im Rechte des Verbotsträgers, aber auch keinen entsprechenden substantiellen Schutz in der Person des Aufsichtsamts oder der Versicherungsnehmer. Sie bringt lediglich einen für die Versicherungsunternehmung oder an deren Stelle verfolgbaren Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes hervor, falls nicht etwa nachträglich die fehlende Genehmigung des Aufsichtsamts beigebracht wird. Es findet also zugunsten der Versicherten keine substantielle, sondern lediglich eine formelle Sicherstellung statt. Diese bietet keine Sicherheitsleistung, sondern nur eine Erhöhung der für die Versicherten an dem Prämienreservefonds bereits bestehenden Sicherheit. Man wird noch einen Schritt weitergehen dürfen, indem man der Überzeugung Raum gibt, daß die gebotene Sicherstellung nicht in Formen des Privatrechts, sondern in solchen des öffentlichen Rechtes erfolgt. Denn das Mittel der Sicherstellung besteht hier nicht darin, daß dem Geschützten eine bisher nicht vorhandene Möglichkeit zu privatrechtlicher Wahrung seines Rechtes in die Hand gegeben wird, sondern darin, daß dem Aufsichtsamte die wirksame Überwachung des ordnungsmäßigen Betriebs mit Hilfe des Grundbuchs erleichtert wird ... (719). Die Eintragung der auf § 90 Abs. 2 PrivVersUG. gegründeten Verfügungsbeschränkung wird zweckmäßigerweise im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes, also in der Gestalt beantragt, daß nur mit Genehmigung des Kaiserlichen Aufsichtsamts über die betreffende Post verfügt werden kann ... (720). Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung aus § 90 Abs. 2 PrivVersUG. sperrt das Grundbuch für einseitige Verfügungen der Gläubigerin überhaupt.... Wird trotz des Sperrvermerkes die Post auf einen Dritterwerber umgeschrieben, so entspricht das Grundbuch nicht mehr der wirklichen Rechtslage. Die Post steht nach wie vor der Versicherungsunternehmung als Gläubigerin zu. Die Wiedereintragung auf deren Namen ist Berichtigung des Grundbuchs und erfolgt in den für diese bestehenden Formen, insbesondere also nach § 22 Abs. 1 GBO.... Der Antrag auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung steht unter allen Umständen der Versicherungsunternehmung als der zunächst „Betroffenen" zu. Auch wird nicht zu bezweifeln sein, daß der Grundstückseigentümer, der eine neue Hypothek auf den Namen der Versicherungsunternehmung bestellen will, dies mit der Maßgabe tun kann, daß die Verfügung über diese nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts erfolgen kann.... Hingegen ist — mit Reichel — anzuerkennen, daß der Grundstückseigentümer als solcher nicht berechtigt ist, aus eigenem Rechte bei einer von dritter Hand auf die Versicherungsunternehmung übergegangenen Hypothek die Eintragung der Verfügungsbeschränkung zu bewilligen oder zu beantragen ... (722). Für ein unmittelbares Ersuchen des Aufsichtsamts an das Grundbuchamt liegt keine innere Notwendigkeit und kein gesetzlicher Anlaß vor.... (723). Auch wenn das Aufsichtsamt zu einem auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung gerichteten Ersuchen nicht berechtigt ist, gehört

es doch zweifellos zu denjenigen Personen im Sinne des öffentlichen Rechtes, deren Geschäftsbetrieb von einer solchen Eintragung abhängig ist. Die Eintragung erfolgt demnach „zu seinen Gunsten“ und muß ihm mitgeteilt werden.

4. Die Wirkung der Verfügungsbeschränkungen. LG. Frankfurt a. M., FrankfRundsch. **44** 90. Ein nur zugunsten bestimmter Personen eingetragenes Veräußerungsverbot kann die Sperrung des Grundbuchs nicht herbeiführen, der Grundbuchrichter kann die Eintragung eines trotz des Verbots bewirkten Eigentumswechsels nicht ablehnen. Bei Eigentumsübertragung sperrt nicht schon die Auflassung, sondern erst die Eintragung des Erwerbers das Grundbuch für Eintragungen zum Besten des früheren Eigentümers.

§ 894. I. Die Übertragung des Berichtigungsanspruchs. 1. **RG.** JW. **10** 941, R. **10** Nr. 3771. In der Bekundung des Veräußerungswillens und der Annahme dieser Erklärung, verbunden mit dem Auflassungsgeschäfte, ist der Willen der Vertragsparteien zu erkennen, daß der, der aus dem Vertrag und der Auflassung erwerben sollte, von dem Veräußerer wirksam ermächtigt werde (und diese Ermächtigung annehme), dessen Recht geltend zu machen, eine Grundbucheintragung auf dessen Namen herbeizuführen.

2. **RG.** 23. 4. 10, WarnE. **3** 248, GruchotsBeitr. **54** 940. Der Berichtigungsanspruch ist ein Ausfluß des Eigentums am Grundstück; er geht mit diesem von selbst auf den neuen Eigentümer über und läßt sich auch sonst vom Eigentume nicht trennen. Ein früherer Eigentümer kann deshalb den Berichtigungsanspruch nur als einen Anspruch des derzeitigen Eigentümers auf Grund einer von diesem erteilten Ermächtigung geltend machen (vgl. **RG. 53** 410, **64** 168), und einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung seines Eigentums kann der durch eine widersprechende Eintragung beeinträchtigte Eigentümer auf einen anderen nicht durch bloße Abtretung, sondern nur in der **RG. 62** 327 näher bezeichneten Weise mittels einer Auflassung übertragen (vgl. auch **RG. 59** Nr. 81 unter 3). Bei einem Berichtigungsanspruch auf Löschung einer Vormerkung kann von einer Übertragung mittels Auflassung keine Rede sein. Bei ihm bewendet es bei der Regel, daß er nur mit dem Eigentum, aus dem er fließt, auf andere übertragen werden kann, daß er also selbständig nicht abtretbar ist. Dies schließt auch seine Pfändung aus. Denn Rechte sind nach den §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 ZPO. der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar sind. Eine Einschränkung dieses Satzes ergibt allerdings der dritte Absatz des § 857 für den Fall, daß wenigstens die Ausübung des Rechtes anderen überlassen werden kann. Indes dies trifft bei dem Berichtigungsanspruch auf Löschung einer Vormerkung nicht zu.... Wie das KG., KGJ. **29** A 190 unter 4 (auch OLG. **10** 390 unter 4), so hat auch der jetzt erkennende Senat in einem Urteile vom 6. Februar 1907, angenommen, daß der mit einer Eigentümergrundschuld verbundene Berichtigungsanspruch selbständig weder übertragen noch gepfändet werden kann, daß seine Pfändung und Überweisung (zur Einziehung) mangels einer gültigen Pfändung der Eigentümergrundschuld vielmehr unwirksam ist. Und wo in der Rechtslehre die Zulässigkeit der Pfändung und Überweisung eines Berichtigungsanspruchs zur Einziehung vertreten wird, da hat man einen Anspruch auf Berichtigung durch Eintragung eines Rechtes im Auge, und zwar eines Rechtes, an dessen Eintragung auf den Namen des Schuldners der Pfändungsgläubiger ein eigenes Interesse hat. Dies kann bei einem Anspruch auf Berichtigung durch Löschung insbesondere einer Vormerkung gar nicht in Frage kommen.

II. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs. 1. Wagener, Die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs zwecks Eintragung einer Zwangshypothek. Der Berichtigungsanspruch ist ein dinglicher Anspruch. Das BGB. handelt in §§ 398 ff. nur von der Abtretung von Forderungen. Ob man in Ausdehnung dieser Vorschriften auch von einer Übertragung dinglicher

Ansprüche reden darf, ist bestritten. Da aber das Gesetz im § 931 u. a. diese Möglichkeit selbst erwähnt, ist die Frage die, ob grundsätzlich gegen die rechtsgeschäftliche Übertragung dinglicher Ansprüche etwas einzuwenden ist (35). ... Es ist anzunehmen, daß eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs dann unzulässig wäre, wenn damit andere positive Gesetzesvorschriften verletzt würden. Soweit dies weder beabsichtigt noch möglich ist, läßt sich auch von einer Abtretung des Berichtigungsanspruchs sprechen (36). ... Das, was hier vorgeht, ist nicht eine Abtretung, es ist eine Übertragung der Ausübung nach, eine Überlassung zur eigenen, selbständigen Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs. A., dem das Recht und der Berichtigungsanspruch zustehen, überläßt diesen dem B. zur eigenen Durchführung. Dann ist es nicht weiter anstößig, daß A. befugt bleibt, den Berichtigungsanspruch ebenfalls geltend zu machen und daß der Schuldner fernerhin die Möglichkeit behält, dem A. die Bewilligung zu erklären. Endlich ist es auch nicht auffällig, wenn B. nur die Eintragung des A., des „Zedenten", erreichen kann (42). ... Die Möglichkeit einer Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs ist durch § 857 Abs. 1 ZPO. gegeben (43). ... Am einfachsten wäre geholfen, wenn man die Pfändung des Berichtigungsanspruchs im Grundbuch eintrüge. Daran wird allgemein Anstoß genommen mit der Begründung, daß der Berichtigungsanspruch nicht eintragbar sei, also auch nicht seine Pfändung. Ob diese Beweisführung stichhaltig ist, erscheint zweifelhaft. Was dagegen spricht, einen Vermerk vorzunehmen, daß der dem A. gegen B. zustehende Berichtigungsanspruch von A. gepfändet sei, ist nur der Umstand, daß das Gesetz die Möglichkeit eines derartigen Eintrags nicht erwähnt, während es für alle übrigen Einträge die Grundlage enthält. Dagegen kann in den Fällen des § 894 BGB. ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden (BGB. § 899 Abs. 1). Der Berechtigte hat dazu eine einstweilige Verfügung zu erwirken, auf Grund deren die Eintragung erfolgt. Nun wird allgemein und mit Recht der Abs. 1 des § 836 ZPO. dahin aufgefaßt, daß die Überweisung, die den Gläubiger zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs ermächtigt, ihm auch das Recht verleiht, die Eintragung eines Widerspruchs zu verlangen. Daß der Widerspruch zugunsten des wahren Berechtigten zu lauten hat, ist einleuchtend. Auch daran wird man nicht zweifeln dürfen, daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß allein noch nicht genügt, sondern daß der Gläubiger, ebenso wie es der nicht eingetragene Eigentümer tun müßte, eine einstweilige Verfügung beizubringen hat. Endlich steht nichts entgegen, zu dem Widerspruch einen dahin lautenden Vermerk zu machen, daß der Widerspruch gegen den Eintrag des B. zugunsten des A. von dessen Gläubiger G. erwirkt worden ist, und zwar auf Grund einer Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs. Dann läßt das Grundbuch deutlich erkennen, was im Verkehre der immobilen Güter zu wissen nottut, und dient in gleicher Weise allen Interessen, vor allem aber der Wahrheit (48). S. JDR. 8 zu § 894 Ziff. III.

2. Herold, SächsRpflA. **10** 321 ff. (327) Den gleichen Erfolg, wie durch das Veräußerungsverbot sucht man häufig durch die Pfändung des sog. Berichtigungsanspruchs zu erreichen. Diesem kommt aber nicht die geringste selbständige Bedeutung zu. Gepfändet wird allein das dingliche Recht, und nur mit diesem geht der Berichtigungsanspruch über. Dies geschieht aber ohne weiteres und vor allem ohne selbständige Pfändung des letzteren Anspruchs. Denn daß der Gläubiger, für den das dingliche Recht gepfändet ist, auch berechtigt ist, die Grundbuchberichtigung zu betreiben, ergibt schon § 14 GBO. Es beruht aber auch, wie **RG. 64** 169 ausgeführt hat, schon in der Natur der Sache, in „einem allgemeinen Prinzipe", daß mit der Übertragung eines der Berichtigung bedürftigen Rechtes auch ohne weiteres

die Ermächtigung übertragen wird, die Berichtigung für den eigentlichen Berichtigungsberechtigten herbeizuführen. Mit der Pfändung des Berichtigungsanspruchs soll nur dasselbe erreicht werden, wie mit dem Veräußerungsverbot, und kann man auch nur so ihre Eintragung überhaupt als ihrem Inhalte nach zulässig aufrechterhalten. Aber ungenau bleibt diese Eintragung zum mindesten, denn wie die Pfändung richtet sich auch das Veräußerungsverbot gegen das allein veräußerliche dingliche Recht, die Eigentümergrundschuld selbst.

3. Liepmann, Die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Berichtigung des Grundbuchs, 18 f., 40, 43, 45, 47. Der Berichtigungsanspruch findet seine Grundlage in einem dinglichen eintragungsfähigen Rechte; dieses ist die Voraussetzung seiner Existenz. Er ist ein dinglicher Anspruch, der mithin auch nur dem Inhaber eines dinglichen Rechtes zusteht. Er ist von der Forterxistenz des dinglichen Rechtes abhängig und erlischt für den bisherigen Berechtigten, sobald dieser das Recht verliert, in dessen Interesse der Berichtigungsanspruch besteht (18). ... Die dingliche Natur des Berichtigungsanspruchs bildet kein grundsätzliches Hindernis für seine Übertragbarkeit (40). ... Eine Übertragung, die den Zessionar berechtigt, seine eigene Eintragung bei dem Grundbuchamte zu veranlassen, ist aber bei dem Berichtigungsanspruche nicht möglich (43). ... Durch die Abtretung des dinglichen Anspruchs wird dem Zessionar ein eigenes Recht übertragen, zwar nicht wie bei der Forderungszession das subjektive Recht selbst, wohl aber das Recht auf selbständige Geltendmachung des dinglichen Anspruchs des Zedenten (45).... Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist insoweit statthaft, als er an einen anderen abgetreten werden kann. Die auf Antrag erfolgende Überweisung (§ 835 Abs. 1 ZPO.) ersetzt dann nach § 836 Abs. 1 ZPO. die freiwillige Abtretungserklärung des Schuldners, dem der Berichtigungsanspruch zusteht. — Pfändet daher der Gläubiger den seinem Schuldner zustehenden Anspruch auf Berichtigung und läßt ihn sich zur Einziehung überweisen, so erlangt er damit die Legitimation, die Grundbuchberichtigung durch Eintragung seines Schuldners von dem Dritten im Klagewege zu fordern.

III. Einzelne Fälle. 1. KG., KGJ. **39** A 175. Die versehentliche Eintragung eines unrichtigen Berechtigten ist Nichteintragung hinsichtlich des Rechtes des Berechtigten und unrichtige Eintragung hinsichtlich des nicht bestehenden Rechtes des Nichtberechtigten. Die Berichtigung des Grundbuchs ist daher nicht durch Umschreibung des Rechtes auf den Berechtigten, sondern nur durch Löschung des Rechtes möglich.

2. OLG. Dresden, SächsOLG. **31** 85, R. **10** Nr. 3924. Ist ein Grundstück mitaufgelassen, das zwar im Bestandsverzeichnis als zugehörig bezeichnet ist, nach der Besichtigung an Ort und Stelle aber gar nicht mitübertargen werden sollte, so kann der Verkäufer vom Käufer Einwilligung zur Berichtigung verlangen.

3. KG., KGJ. **38** A 255, OLG. **21** 33. Derjenige Teil einer Landabfindung, der auf Grund eines bestätigten Separationsrezesses an die Stelle eines den Gemeindemitgliedern als solchen zustehenden, außerdem durch den Besitz eines Grundstücks oder durch besondere persönliche Verhältnisse bedingten Nutzungsrechts an dem Gemeindegliedervermögen getreten ist, ist Eigentum der Gemeinde; den Gemeindemitgliedern steht nur das Nutzungsrecht an diesem Teile der Landabfindung zu. Das über die Grundstücke der Gemeindemitglieder geführte Grundbuch steht mit dieser Rechtslage nicht im Widerspruche, wenn zwar der bezeichnete Teil der Abfindung auf dem Titelblatt (im Bestandsverzeichnisse) gebucht ist, aber aus einem Vermerk in der Abteilung II entnommen werden kann, daß dem Eigentümer nur die Nutzung, der Gemeinde dagegen das Eigentum zusteht.

4. **RG. 73** 50. Nach der Rechtsprechung des RG. kann der nachstehende Hypothekengläubiger zwar nicht einen bloßen Legitimationsmangel

bei vorgehenden Rechten geltend machen (**RG. 15** 224 ff., **62** 170), wohl aber kann er nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes den völligen Wegfall verlangen, und zwar auch dann, wenn seine Hypothekenrechte durch den Zuschlag erloschen sind, sofern er nur als ausgefallener Hypothekengläubiger ein Interesse daran hat (**RG. 63** 157). Dies gilt auch für Vormerkungen.

IV. Vgl. auch zu § 115 Ziff. 6 ZVG.

§ 902. Abs. 1 Satz 2. *Sachs, JheringsJ. **58** 323 ff. Diese Bestimmung ist nicht anwendbar auf Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 197 BGB.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Vorbemerkung: Wie schon in den letzten Jahren, so hat auch im Berichtsjahre das Interesse sich besonders dem Luftrecht und Luftflug zugewandt. Reiches, auch für die Praxis wertvolles Material, liegt namentlich zu den §§ 906, 912, 921 vor.

Literatur: Kraft, Das Notwegrecht, RheinZ. **10** 341—348. — Meyer, Ein Beitrag zur Lehre vom Luftrechte, JW. **10** 738—740. — Schröder, Der Luftflug. Berlin 1910.

§§ 903 ff. 1. Für den Inhalt des Eigentums und die Veränderung der mit diesem Ausdrucke bezeichneten Rechtsverhältnisse sind nach *Moll, GruchotsBeitr. **54** 313 ff., maßgebend in erster Linie einerseits der Einfluß des Menschen auf die in Betracht kommende einzelne Sache, andererseits der Wechsel in der Gesellschaftsordnung und der mit ihm verbundenen staatsrechtlichen Anschauungen. Ausgehend von dem uralten Kampfe zwischen individueller und sozialer Weltauffassung gelangt Verf. zu dem Ergebnisse, daß zwar regelmäßig sie sich untereinander in ihrer Bedeutung für die Rechtsentwickelung abgelöst haben, trotzdem aber ein gesetzmäßiges Vorwärtsschreiten sozialer Gedankengänge von den Tagen Hammurabis bis auf die neueste Zeit deutlich erkennbar ist.

2. R. **10** Nr. 1385 (Hamburg). Ortspolizeiliche Vorschriften, welche dem Eigentümer eines Grundstücks in der Bebauung Beschränkungen auflegen, z. B. die Vorschrift, bei Bauten einen Abstand von 1 m von der Nachbargrenze einzuhalten, geben dem Nachbarn nicht ohne weiteres das Recht, im Prozeßwege die Beachtung dieser Baubeschränkung zu verlangen.

§ 903. Schade, Eigentum und Polizei, AÖffR. **25** 286. Der § 903 BGB. stellt lediglich eine Norm des Privatrechts dar, so daß für den in ihm enthaltenen Begriff des Eigentums auch nur dessen privatrechtliche gesetzliche Beschränkungen von Bedeutung sind. Öffentlich-rechtliche Momente sind aber dem Eigentumsbegriffe des geltenden Rechtes fremd und daher liegen die Beschränkungen, die von der Polizei zum Schutze der Allgemeinheit geltend gemacht werden, außerhalb des Eigentumsbegriffs des geltenden Rechtes.

§ 904. 1. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts 235 ff. Das notleidende Gut muß nach § 904 improportionell mehrwertig sein gegenüber dem zu verletzenden. In dem entgegengesetzten Proportionalitätsverhältnisse bei aggressivem und defensivem Notstande besteht der Unterschied der §§ 228 und 904 BGB. Eine andere Unterscheidung, daß sich bei der Sachwehr Gefahr und Schaden, hier Schaden und Schaden als Wertgrößen gegenüberständen, dürfte zu sehr am äußeren Wortlaute des Gesetzes haften. Der drohende Schaden, von dem im § 904 die Rede ist, bedeutet doch auch nichts weiter als „Gefahr". Auch in dem „Drohen" ist so wenig wie in der Gefahr der Wahrscheinlichkeitsgrad genau ausgedrückt. Bei der Wertvergleichung, welche der Notleidende in dem Augenblick anzustellen hat, da er die Nothandlung vornimmt, handelt es sich sowohl im Bereiche des § 228 wie des § 904 um zwei zukünftige Schäden. Der eine Schaden

wird dann durch die Nothandlung zur Gewißheit. Die objektive Möglichkeit des anderen Schadens, der vermieden ist, braucht nach beiden Gesetzesstellen nicht so zu liegen, daß der Schaden mit Sicherheit sonst eingetreten wäre, wenn die Nothandlung nicht erfolgt wäre. Es genügt in beiden Fällen ein größerer Grad von Wahrscheinlichkeit. Für die durch die Nothandlung zu beseitigende Gefahr im § 228 ist nicht ein geringerer Wahrscheinlichkeitsgrad erforderlich, als im § 904, wo die Gefahr noch mit dem Attribute des „Gegenwärtigen" belegt ist (236). Grundsätzlich ist im Notstandsrecht ein in Aussicht stehender Gewinn des Verletzten nicht zu berücksichtigen. Für § 228 — nicht aber für § 904 — dürfte dagegen die Anrechnung wohl gestattet sein. Denn bei der Sachwehr ist das Vorliegen einer Notlage überhaupt — im Anschlusse an die Notwehr — sehr eingeschränkt (237).

2. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden 28. Abgesehen davon, daß die Fassung des § 904 nach verschiedenen Richtungen Zweifel übrig läßt, erscheint die Abgrenzung des Notrechts nach der einen Seite zu eng (Einstellung ins Sachenrecht), nach der anderen zu weit. Vgl. auch Fischer, Rechtswidrigkeit 221 ff.

3. OLG. **20** 404, SeuffBl. **10** 83 (Stuttgart). Die Vorschrift des § 904 erstreckt sich nicht auf rein zufällige Nebenfolgen. Der Schaufensterdekorateur haftet nicht für Zertrümmerung der Glasscheibe, wenn er einen Hammer fallen lassen mußte, um seinen Sturz zu verhüten und der Hammer erst im Rückpralle vom Boden das Fenster beschädigt.

§ 905. I. Luftrecht (vgl. JDR. **4** Ziff. I 1, **6**, **7**, **8** Ziff. 1). 1. *Schroeder, Luftflug. Als das BGB. entstand, war der Luftflug noch so weit davon entfernt, als ernst zu nehmender Verkehrsfaktor in Erwägung gezogen zu werden, daß bei der Fassung des § 905 BGB. seine Einwirkung auf das Grundstück überhaupt nicht in Betracht kam. Die Entwickelung des Luftflugs in den letzten Jahren läßt sein Fortschreiten zu einem brauchbaren Verkehrsmittel in absehbarer Zeit mit Sicherheit erwarten. Das Element der Luft wird dem Verkehr erschlossen werden. Es werden auf festgelegten Luftlinien Flugzeuge den weiten Luftraum durchqueren und in neuer Weise eine neue Verbindung von Ort zu Ort herstellen. — Der Luftflug eröffnet über die Immission von Imponderabilien von Grundstück zu Grundstück hinaus eine neue, weitgehende Eingriffsmöglichkeit in die Eigentumssphäre des Grundeigentümers, die Möglichkeit des Eingriffs des Menschen in das Eigentum von der Luft her. Von jedem beliebigen, selbst dem entferntesten Orte aus kann jetzt der Mensch auf ein sonst nach allen Seiten hin zuverlässig und sicher abgeschlossenes Grundstück gelangen; er kann sich mit einem Flugzeug in solcher Nähe über das Grundstück hinbewegen und über demselben aufhalten, daß dieser Aufenthalt oder auch nur Hinüberflug als eine Belästigung oder Störung des Eigentums empfunden und angesehen werden kann und muß. Der Flieger, der sich im Menschenflug, im Drachenflieger oder im Luftflieger in sein Bewegungsfeld begibt, durchkreuzt fremdes Eigentum, indem die Luftlinie, die er zunächst nehmen muß, bis zu einer bestimmten Höhe zum Inhalte des einzelnen Eigentums gehört und hat, soweit nicht der Flug über öffentliches Gewässer oder noch unbewohntes Land geht, unter sich fremdes Eigentum und Wohnstätten von Menschen, auf die durch sein Flugzeug schädigend eingewirkt werden kann, sei es durch Unfall, Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Diese Tatsache ergibt, daß der Luftflug unter ganz anderen Bedingungen steht, wie die sämtlichen übrigen Fortbewegungsarten. Das Recht zu diesen Eingriffen in fremdes Eigentum und zu der Gefährdung von Leben, Gesundheit und Eigentum muß zunächst untersucht, begründet und festgelegt werden. Zur Feststellung des Rechtes des Luftflugs kommen drei verschiedene Schichten der Luft in Betracht, die zu bezeichnen sind als: 1. die privatrechtliche Zone, 2. die territoriale Zone, 3. die offene Luft, bezüglich deren der Gesetzgebung, der Staatsverwaltung, der Polizeibehörde und dem Völkerrecht, einem jeden an seiner Stelle, neue und schwierige Aufgaben zufallen. —

Hier interessiert die privatrechtliche Zone. Die allgemeine Bestimmung des § 905 BGB. wird jedenfalls, da der Luftverkehr mit dem lenkbaren Luftflieger, im Gegensatze zu dem Fluge des Luftballons, sich in größerer Erdnähe bewegt, durch eine positive gesetzliche Bestimmung der Höhe, über die hinaus der Eigentümer sich den Luftflug über sein Grundstück gefallen lassen muß, zu ergänzen sein, denn der geregelte Verkehr verlangt Gewißheit und Feststellung einer sicheren Linie. Es wird ein Unterschied zu machen sein zwischen dem Fluge über bewohnte oder nicht bewohnte, über städtische und ländliche Grundstücke, über Wasser- und Landstraßen. Es wird dem bewohnten Eigentume Schutz zu gewähren sein schon gegen eine solche Annäherung, die ein bequemes Hineinsehen in den umschlossenen Frieden des Eigentums ermöglicht. Anders wie der Flug über ein Grundstück wird das Verweilen eines Luftfliegers über einem Grundstück im Gesetze zu beurteilen sein. Es wird im Gesetze noch besonders festzulegen sein, daß der Flug über das Grundstück in einer Höhe, daß der Eigentümer ihn nach der positiven Bestimmung des Gesetzes nicht verbieten kann, niemals, und wenn er noch so lange und immer an derselben Stelle ausgeführt wird, zu einer Beschränkung des Eigentums an dem Grundstücke nach der Richtung hin führen kann, daß dem Eigentümer verboten werden könne, nach Belieben in die Luftlinie hineinzubauen. Hat so der Gesetzgeber in Ergänzung der Bestimmung des § 905 BGB. der privatrechtlichen Zone seine bestimmten Grenzen gezogen, dann kann er erst dazu übergehen, Bestimmungen darüber zu treffen, wann, wie und unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen aus Gründen des öffentlichen Wohles der Eigentümer sich auch noch Eigentumsbeschränkungen innerhalb dieser privatrechtlichen Zone gefallen lassen muß. Da kommt denn auch eine Enteignung in der privatrechtlichen Zone in Betracht, d. h. eine Beschränkung des Eigentums dahin, daß der Eigentümer den Luftflug durch seine privatrechtliche Zone nicht verbieten darf und daß sein Recht, in eine festgesetzte Fluglinie hineinzubauen, aufgehoben wird, z. B. bei den Zugängen zu Hallen und Hallenplätzen. — Es muß der Luftflug namentlich mit Rücksicht auf die zu erwartende internationale Bedeutung der Gesetzgebung der Einzelstaaten entzogen und der Beaufsichtigung des Reiches und der Gesetzgebung desselben unterworfen werden. — An der Zeit ist es, daß die Gesetzgebung bald großzügig ans Werk geht. Je länger dem Luftfluge seine ungebundene Freiheit bleibt, je größer wird die Schwierigkeit, die angemaßten Rechte wieder zurückzuweisen. Ein Reichsfluggesetz muß daher baldigst die schwierige Materie einheitlich, weitsichtig und vollständig regeln, damit der Luftflug in seiner weiteren Entwickelung sich fortbewege in den Bahnen des Rechtes, nicht über die Trümmer des Rechtes.

2. Meyer, Luftrecht, JW. **10** 738 ff., stimmt Zitelmann, JDR. **8** Ziff. I 2 a, darin bei, daß das vom § 905 Satz 2 geforderte Interesse, die Unterlassung der Handlung fordern zu dürfen, noch nicht damit gegeben sei, daß möglicherweise dem Grundstückseigentümer aus dem Überfliegen der Erde mit Ballons infolge Herabfallens von Gegenständen Schaden erwachsen könne. Wenn dagegen, wie z. B. auf einem Flugplatze, wirklich wiederholte Beeinträchtigungen zu befürchten sind, kann der Grundeigentümer Unterlassung des Überfliegens auf Grund des § 1004 verlangen, da es gleichgültig ist, ob die Schädigungen ihren Ursprung auf der Erde oder im Luftraume haben.

II. 1. Elektrische Leitungen (JDR. **3**, **4** Ziff. II, **5** sub a). SchlHolst. Anz. **10** 83 (Kiel) erkennt den Anspruch eines Grundeigentümers auf Beseitigung der über seinem Grundstück angebrachten elektrischen Leitung an.

2. Beseitigung von Erkern und Balkonen über der Straße (vgl. JDR. **8** Ziff. II 2 u. unten § 91 Ziff. 3 **ZVG.**). a) **RG.** 1. 6. 10, SeuffA. **65** 454 ff. Das privatrechtliche Interesse der Klägerin (d. i. die Stadtgemeinde als Eigentümerin der M.-Straße) an der Beseitigung der in die Straße hineinragenden Erker und Balkone

ergibt sich schon daraus, daß sie durch solche Anlagen in der freien Verfügung über den Raum über der Straße in einer sich nicht aus dem Gemeingebrauch ergebenden Weise behindert wird. Die Höhe, in welcher Balkone und Erker über der Straße angelegt zu werden pflegen, erbringt namentlich nicht die Voraussetzung für die im zweiten Satze des § 905 besonders vorgesehene Eigentumsbeschränkung. Vgl. auch **RG.** 12. 3. 10, GruchotsBeitr. **54** 918. **b)** R. **10** Nr. 4089, HansGZ. **11** Beibl. 37 (Hamburg). Hat ein Eigentümer an seinem Gebäude Gesimse angebracht, die über das Nachbargrundstück hinausragen, so ist er auf Verlangen des Nachbarn zur Beseitigung verpflichtet, wenn nicht die Voraussetzungen des § 912 BGB. vorliegen. Er kann sich nicht auf Satz 2 des § 905 berufen, da der Nachbar jederzeit in die Lage kommen kann, den Raum für ein von ihm zu errichtendes Gebäude in Anspruch nehmen zu müssen. Mit einer Bescheinigung des Eigentümers, für diesen Fall die Gesimse beseitigen zu wollen, braucht sich der Nachbar nicht zufrieden zu geben.

§ 906. 1. Untersagung von Beeinträchtigungen (JDR. **7** u. **8** Ziff. II 1). **a)** M. Wolff, Sachenrecht 139. Auch eine dingliche Feststellung des zulässigen Umfanges von Immissionen, derart, daß über die Grenzen nicht stets von neuem Streit entstehen kann, muß zulässig sein. Sie ist nicht Grunddienstbarkeit, sondern Bestimmung des Eigentumsinhalts und bedarf der Eintragung, wohl auf beiden Grundbuchblättern. **b)** **RG.** 18. 11. 09, JW. **10** 19, EisenbE. **26** 320. Künftige Ereignisse begründen nicht schon für sich allein, sondern erst dann eine Schadensersatzpflicht, wenn ihnen ein neues Verschulden des Beklagten selbst oder einer dritten Person, für die er einzustehen hat, zugrunde liegt. Ein Feststellungsurteil, das früher erginge, könnte nur aussprechen, daß, falls in Zukunft eine von dem Beklagten verschuldete unzulässige Einwirkung aus seinem Grundstück auf das Nachbargrundstück des Klägers stattfinden sollte, die Beklagte hierfür ersatzpflichtig sei. Das Urteil würde also keinen konkreten Rechtsstreit schlichten, sondern auf die Entscheidung einer bloßen Rechtsfrage hinauslaufen. Eine hierauf abzielende Feststellungsklage ist unzulässig. **c)** **RG.** 4. 5. 10, JW. **10** 654, GruchotsBeitr. **54** 1008, SeuffA. **66** 106, BayerZ. **18** 137. Wenn im Laufe eines Rechtsstreits wegen Unterlassung belästigender Zuführungen alles geschehen ist, was geschehen kann, um nach menschlicher Voraussicht dauernd die schädliche Einwirkung auf ein Maß einzuschränken, das wegen seiner Geringfügigkeit ertragen werden muß, so ist eine Verurteilung ausgeschlossen. **d)** **RG.** 23. 3. 10, R. **10** Nr. 1745. Beim Immissionsprozeß ist eine Verurteilung des Beklagten dahin, daß er Einrichtungen herzustellen habe, durch welche die Zuführung schädlicher Stoffe auf das Grundstück des Klägers ausgeschlossen werde, rechtlich nicht zu beanstanden. **e)** **RG.** 4. 6. 10, JW. **10** 754. Dinglichen Ansprüchen gegenüber, mit denen die Beseitigung des das Eigentum oder das Recht an fremder Sache beeinträchtigenden tatsächlichen Zustandes verlangt wird, greift eine Einrede der Unmöglichkeit der Erfüllung niemals durch, vielmehr muß hier der gesetzmäßige Zustand, der dem Berechtigten die ungestörte Ausübung seines Rechtes ermöglicht, unter allen Umständen hergestellt werden, sofern seine Herstellung überhaupt im Bereiche physischer Ausführbarkeit liegt (vgl. **RG.** **51** 411).

2. Ortsüblichkeit (JDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. II 4, **4**, **5**, **6**, **7**, **8** Ziff. II 2). **a)** **RG.** 22. 12. 09, JW. **10** 149 f., SächsRpflA. **10** 120. Der Begriff der „örtlichen Verhältnisse" im Sinne des § 906 deckt sich nicht ohne weiteres mit dem der Ortschaft, vielmehr haben, sofern eine Ortschaft, insbesondere eine Großstadt, in ihren einzelnen Bestandteilen eine Verschiedenartigkeit der Bebauung oder des Wirtschaftslebens zeigt, die betreffenden räumlichen Bezirke (Villen-, Fabrik-, Geschäftsviertel) bei Beurteilung der örtlichen Verhältnisse eine selbständige Bedeutung zu beanspruchen. Vgl. schon OLG. Hamburg, JDR. **8** Ziff. II 2 e. **b)** **RG.** 21. 9. 10, SächsRpflA. **10** 515. Ob die Benutzung eines Grundstücks, durch die eine beanstandete Einwirkung herbeigeführt wird, nach den örtlichen Verhältnissen bei Grund-

stücken dieser Lage gewöhnlich ist, läßt sich nach Sinn und Zweck des Gesetzes nur unter Berücksichtigung der mit der Benutzung der anderen zum Vergleiche heranzuziehenden Grundstücke verbundenen Einwirkungen und des Maßes dieser Einwirkungen beantworten (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **47** 955). Dabei darf das Gericht auch Umständen Beachtung schenken, die, wie die Aufstellung von Webstühlen in Gebäuden mit geschlossener Bauweise oder ihre Aufstellung dicht an der Wand der Nachbargrundstücke oder auch deren Verwendung und Einrichtung, das Maß der Einwirkungen und der sich daraus ergebenden Belästigung beeinflussen. Als den für die Beantwortung der in Rede stehenden Frage maßgebenden Zeitpunkt hat das Gericht den der Klagerhebung und nicht einen früheren ins Auge zu fassen (vgl. **RG. 64** 363, JDR. **6** Ziff. II 6). **c)** **RG.** 26. 1. 10, SeuffA. **65** 456 ff. Bei der für den Begriff der Ortsüblichkeit beeinträchtigender Zuführungen erforderlichen Vergleichung mehrerer Betriebe derselben örtlichen Lage können auch größere zusammenhängende Stadt- und Landflächen, ja verschiedene Ortschaften derselben Gegend herangezogen werden. Vgl. **RG.** DJZ. **06** 486, JDR. **5** Ziff. II 2 a. Jedoch auch weit entfernt liegende einzelne Ortschaften, Großstädte mitzuberücksichtigen, wird sich nach dem Wortlaute der Gesetzesstelle verbieten. **d)** **RG.** 16. 3. 10, JW. **10** 472. Der wegen unzulässiger Zuführungen Verklagte kann sich nicht damit verteidigen, daß zur Zeit der Errichtung seines Betriebs die Zuführungen in jener Gegend ortsüblich gewesen sind. Das „nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage Gewöhnliche" ist nicht etwas für alle Zeiten Feststehendes; es ändert sich vielmehr mit der Entwickelung der örtlichen Verhältnisse und zwar innerhalb großer und wachsender Städte durchaus nicht immer in der Richtung, daß sich die Zahl der mit Lärm verbundenen Betriebe, das Maß störender Einwirkungen und die Gewöhnung daran steigert, sondern nicht selten auch in umgekehrter Richtung. **e)** **RG.** 6. 7. 10, JW. **10** 941, DJZ. **10** 1409, GruchotsBeitr. **55** 105. Es handelt sich im § 906 um einen der Billigkeit entsprechenden Ausgleich widersprechender Interessen. Dies und die Natur des § 906 als Ausnahmevorschrift weist darauf hin, daß der Grundsatz der Unzulässigkeit aller von einem anderen Grundstück ausgehenden Einwirkungen durch die zweite Alternative des § 906 nicht weiter eingeschränkt wird, als es eine billige Rücksicht auf die Industrie und ihr Immissionsbedürfnis erfordert. Dem entspricht es nicht, wenn man für das, was der Grundstückseigentümer an Zuführungen der im § 906 bezeichneten Art zu dulden hat, schlechthin das maßgebend sein läßt, was die unter Umständen noch dazu vom Einwirkenden mehr oder minder abhängige Mehrheit der Einwohnerschaft des Ortes verträgt. Das, was an solchen Einwirkungen dem dadurch belästigten Eigentümer mit Rücksicht auf das Immissionsbedürfnis der Industrie billigerweise zugemutet werden kann, läßt sich dagegen auf Grund einer Vergleichung mit den von anderen ähnlichen Betrieben ausgehenden Einwirkungen feststellen, und hierauf weist auch das Gesetz hin, indem es dem Eigentümer die Duldung der Einwirkungen auferlegt, die durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt werden, *die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.* — Fehlt es an demselben Orte an geeigneten Vergleichsobjekten, so ist über den Ort des Unternehmens, von dem die bekämpften Einwirkungen herrühren, hinauszugehen und auf das Maß von Einwirkungen zu sehen, das von anderen Grundstücken auszugehen pflegt, die je nach der Eigenart und dem Umfange des Unternehmens in einem engeren oder weiteren Umkreis um seinen Sitz herumgelegen sind und in gleicher oder gleichartiger Weise benutzt werden (vgl. **RG. 70** 154, **RG.** DJZ. **06** 485). **f)** **RG.** 29. 6. 10, R. **10** Nr. 3182. Als „vorherrschende Wohngegend" kann ein Stadtteil auch dann angesprochen werden, wenn die Grundstücke darin größtenteils zu Wohnzwecken benutzt werden, wenn insbesondere die an den Straßen gelegenen Vorderhäuser aus Wohnungen bestehen. Ist dieser Stadtteil aber andererseits die

einzige Gegend, die für den Fabrikbetrieb freigegeben, befinden sich deshalb in ihm auf einem großen Teile der Grundstücke, wenn auch nur in Hinter- oder Seitengebäuden, mit Geräuschen verbundene Betriebe, dringen diese Geräusche in die benachbarten Grundstücksteile ein und werden von dem überwiegenden Teile der Bewohner und Grundstückseigentümer des Stadtteils ertragen, so ist damit die Feststellung, daß die bekämpfte Geräuscheinwirkung durch eine Benutzung herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Art gewöhnlich ist, wenigstens dann und insoweit begründet, als die aus diesem Grundstück in das des Klägers eindringenden Geräusche der Art und dem Maße nach nicht über das von den anderen in entsprechender Weise benutzten Grundstücken des Stadtteils in die Nachbarschaft hinausdringende Geräusch hinausgehen.

3. Schadensersatz ohne Verschulden (JDR. 5, 6, 7 Ziff. II 3). a) Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden 30 ff. Überall, wo ein Verhalten, das man nicht wohl entbehren und daher nicht verbieten kann, eine Quelle von Gefahren für andere eröffnet, da taucht die Frage auf, ob nicht die Interessenkollision am besten dadurch zu schlichten ist, daß man das Verhalten unter Ersatzpflicht zuläßt. Diese Gefährdungshaftung ist allerdings kein der Schuldhaftung ebenbürtig an die Seite zu stellendes Prinzip. Wesentlich ist dem Gefährdungsbegriffe die Außergewöhnlichkeit der Gefahr und des gefährdenden Verhaltens. Man wird nicht von einer besonderen Gefährdung reden, wo es sich um Schädigungen handelt, denen infolge des menschlichen Zusammenlebens jeder von seiten der anderen gleichmäßig ausgesetzt ist. **b)** **RG.** 13. 4. 10, JW. **10** 619, EisenbE. **27** 76. Wegen schädigender Eingriffe, auch solcher mittelbarer Natur, die von einem auf staatlicher Genehmigung beruhenden Betrieb ausgehen, ist der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks berechtigt, Schadensersatz nach den Grundsätzen des § 75 Einl. und der §§ 29—31 I. 8 ALR. zu fordern (vgl. **RG. 58** 130, **59** 70, **70** 152). — Wenn man auch annehmen kann, daß ebenso wie im Falle des § 25 PrEisenbahnG. v. 3. November 1838 und im Falle des § 1 HaftpflG. höhere Gewalt die Haftung ausschließt, so können die Unfälle, die in dem regelmäßigen Eisenbahnbetrieb und den damit verbundenen eigentümlichen Gefahren ihren Grund haben, und mit denen der Unternehmer, weil sie nichts Ungewöhnliches sind, rechnen muß, nicht als höhere Gewalt oder unabwendbarer Zufall betrachtet werden. — Über die reichsgerichtliche Praxis vgl. ferner 2. 4. 11, JW. **10** 580, EisenbE. **27** 73; 3. 11. 09, SeuffA. **65** 398. Endlich führt 25. 6. 10, HansGZ. **10** Beibl. 246 aus, daß ein Grundstückseigentümer, der durch die staatliche Genehmigung einer Eisenbahnanlage gehindert ist, die schädlichen Einwirkungen auf sein Grundstück durch die Ausführung des Baues der Bahn abzuwehren und die Unterlassung der Herstellung der Bahnanlage zu verlangen, von dem Bahnunternehmer Schadensersatz beanspruchen kann, wenn die bisherigen Einwirkungen über das nach § 906 BGB. zulässige Maß hinausgingen und künftig von der Bauausführung und dem Betriebe der Bahn solche Einwirkungen im Sinne des § 907 BGB. mit Sicherheit zu besorgen sind. **c)** **RG.** 16. 4. 10, **73** 270 ff., JW. **10** 620, EisenbE. **27** 79. Das gewerbliche Unternehmen des Post-, auch des Rohrpostbetriebs unterscheidet sich von den sonstigen gewerblichen Unternehmungen des bürgerlichen Verkehrs dadurch, daß es nicht gleich diesen ausschließlich auf Vermögenserwerb gerichtet ist, sondern in erster Linie dem Gemeinwohle dienen will. Es kann von dem Reichsfiskus nicht verlangt werden, daß er, um der nachbarrechtlichen Vorschrift des § 906 zu genügen, den Betrieb der Rohrpostanlage einschränkt oder gar völlig einstellt, dagegen kann er zu geräuschmindernden Veranstaltungen und äußerstenfalls zum Schadensersatze verpflichtet sein. **d)** **RG.** 4. 12. 09, SächsRpflA. **10** 87. Es fehlt jede gesetzliche Grundlage dafür, daß der Eigentümer, der ohne Zwang durch eine Verwaltungsmaßregel, durch eine Anlage auf dem Nachbargrundstücke Schaden erleidet, auch ohne Nachweis eines Verschuldens dann Schadensersatz verlangen kann, wenn die Anlage dem gemeinen Wohle dient.

Wenn der Eigentümer weder durch ein besonderes Gesetz, noch durch eine Verwaltungsmaßregel gezwungen ist, den Eingriff in sein Eigentum zu dulden, so ist er eben nicht genötigt, die betreffenden Rechte aus dem Eigentum aufzuopfern. Nach §§ 903, 1004 ist er dann vielmehr berechtigt, den Unternehmer des Betriebs auf dem Nachbargrundstücke von der Einwirkung auf sein Eigentum auszuschließen und die Beseitigung der Beeinträchtigung zu verlangen.

4. Wesentliche Beeinträchtigung (JDR. **7** u. **8** Ziff. II 6). **a)** **RG.** 22. 12. 09, JW. **10** 149. Von der wesentlichen Beeinträchtigung der Benutzung eines Grundstücks durch Eindringen übler Gerüche aus dem Nachbargrundstücke kann nicht die Rede sein, wenn das Grundstück bereits anderweit derart verstänkert ist, daß der aus jenen anderweiten Einwirkungen sich ergebende, einer Abwehr nach § 906 nicht zugängliche Gesamtzustand der Geruchsverhältnisse auf dem Grundstücke durch das Hinzutreten der auf Grund des § 906 abgewehrten weiteren Einwirkungen nicht erheblich verändert wird. **b)** **RG.** 16. 3. 10, R. **10** Nr. 1743. Auch in einer Fabrikgegend braucht ein Hausbesitzer sich das Eindringen belästigender Geräusche aus einer benachbarten Fabrik nicht gefallen zu lassen, das darin seinen Grund hat, daß das Maschinenhaus und die Schmiede dieser Fabrik unmittelbar an sein Haus anstoßen.

5. Hinsichtlich der Beweislast **RG.** 3. 11. 09, JW. **10** 20, EisenbE. **26** 316, wie **RG.** JDR. **7** Ziff. II 12.

§ 907. **RG.** 3. 11. 09, SeuffBl. **10** 389, SeuffA. **65** 399, JW. **10** 20, EisenbE. **26** 316. Schon der Wortlaut des § 907 ergibt, daß eine bloße, wenn auch hohe Wahrscheinlichkeit künftiger Einwirkung nicht genügt, sondern daß diese Einwirkung sich aus dem Bestand oder der Benutzung der Anlage zur vollen Gewißheit ergeben muß. Bestätigt wird dieser Sinn durch die Entstehungsgeschichte des § 907.

§ 908. M. Wolff, Sachenrecht 140. Der Anspruch des § 908 steht dem Besitzer des bedrohten Grundstücks nicht zu; da aber das Besitzobjekt sich umfänglich mit dem Eigentumsobjekte völlig deckt, so wird man unter dem Gesichtspunkte des Sachbesitzschutzes auch dem bloßen Besitzer das Recht zugestehen dürfen, die Vorkehr zu fordern. — Mehrere Vorkehrungspflichtige haften als Gesamtschuldner.

§ 909. 1. **RG.** 16. 2. 10, JW. **10** 330, GruchotsBeitr. **54** 1014. § 909 legt demjenigen, der sein Grundstück vertieft, an sich Sicherungsmaßregeln zugunsten seines Nachbarn auf, die auf seinem eigenen Grundstücke vorzunehmen sind; er gestattet ihm grundsätzlich nicht das Betreten des Nachbargrundstücks. — Wer Vertiefungsarbeiten auf seinem Grundstücke vornimmt, kann sich nicht damit verteidigen, daß er die gewöhnlichen Grundsätze der Baukunst über solche Arbeiten und die dabei erforderliche Sicherung des Nachbargeländes beobachtet habe; außerordentliche Gefahr erfordert auch außerordentliche Gegenmaßregeln.

2. Nachbargrundstück. **RG.** 15. 12. 09, JW. **10** 150, GruchotsBeitr. **54** 1011, DJZ. **10** 370, EisenbE. **26** 326. Unter dem „Nachbargrundstücke" versteht § 909 nicht nur ein unmittelbar an das Grundstück des anderen grenzendes Grundstück, sondern seinem Zwecke entsprechend auch ein anderes in so großer Nähe des letzteren gelegenes Grundstück, daß ihm dessen Vertiefung die Stütze entziehen kann. Vgl. im übrigen schon JDR. **8** Ziff. 4.

§ 910. M. Wolff, Sachenrecht 144. Ein besitzender Sacheigentümer hat das Recht als solches nicht; übt er es aber eigenmächtig aus, so handelt er im Rahmen seines Sachbesitzes und genießt daher Besitzschutz sowohl dem Eigentümer wie dem Baumbesitzer gegenüber (anders die herrschende Lehre).

§ 912. 1. Analoge Anwendung der §§ 912 ff. (JDR. **1** Ziff. 6, **2**, **6** Ziff. I 5 u. II 2, **8** Ziff. 1). **a)** M. Wolff, Sachenrecht 144. Das Gesetz spricht zwar nur von dem Falle der Personenverschiedenheit; aber die Analogie ist geboten, da der Gedanke des § 912, Bauwerke nicht ohne Not zu zerstören, auch bei

anfänglicher Personenidentität durchgreift. b) **RG.** 8. 12. 09, **72** 272, JW. **10** 60. Die Vorschriften über den Überbau sind nicht anwendbar, wenn der Eigentümer zweier Parzellen bei der Bebauung der einen Parzelle über die Grenze hinüberbaut. So bereits **RG. 65** 361 ff., vgl. JDR. **6** Ziff. II 2 a.

2. **RG.** 2. 7. 10, **74** 87 ff., JW. **10** 814 behandelt die Frage, ob der fremden Grund Überbauende, wenn die Überbauung vom Nachbar unter der nicht eingetretenen beiderseitigen Voraussetzung, daß eine allgemeine, auch die Baustellen Dritter umfassende Neueinteilung der Grundstücke stattfinde, genehmigt worden war, zur Beseitigung des Überbaues oder doch zur Renten- und Abfindungszahlung verurteilt werden kann. Anläßlich der Erörterung, inwieweit hierbei die Grundsätze über Schadensersatz anwendbar sind, heißt es (90), daß wenigstens bei bewilligter, ohne rechtswidrigen Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit erfolgter Überbauung Schadensersatzgrundsätze überhaupt nicht einschlagen, sondern nur solche des Werterſatzes — vgl. den Wortlaut des § 915 — für die dem Eigentümer entzogene Grundfläche.

3. R. **10** Nr. 3925 (Hamburg). Hat der Eigentümer dem Nachbarn die Grenzüberschreitung durch Überbau ausdrücklich gestattet, so kann er auf Grund des § 912 keine Rente beanspruchen, da diese Bestimmung auf vertragliche Grenzüberschreitungen überhaupt keine Anwendung findet.

§ 917. 1. *Kraft, RheinZ. **10** 341. Das die Richtung des Notwegs festlegende Urteil wirkt konstitutiv, nicht deklarativ, da das Gesetz nur einen obligatorischen Anspruch nach Analogie des ius ad rem des PrALR., kein Recht an der Sache einräumt; das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaute des Gesetzes, wie aus der Unbestimmtheit des Rechtes. Die Klage auf Einräumung des Notwegs ist, wenn das pflichtige Grundstück im Eigentume mehrerer steht, auch gegen diejenigen Miteigentümer zu richten, die das Recht nicht bestreiten, denn es liegt notwendige Streitgenossenschaft vor. Wenn der Weg dagegen über mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer führen soll, so liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor. Die Kosten des Rechtsstreits im ersteren Falle sind sämtlichen Beklagten aufzuerlegen, da § 93 ZPO. nicht zutrifft [OLG. **18** 149 (Cöln)].

2. M. Wolff, Sachenrecht 150. Der Besitz des bedürftigen Grundstücks schließt ohne weiteres den des Notwegrechts ein.

3. BraunschwZ. **10** 178 ff. (Braunschweig). Das Recht auf einen Notweg ist nicht bloß dann gegeben, wenn ein Grundstück vom öffentlichen Wege völlig abgeschnitten ist, sondern auch dann, wenn die Verbindung mit dem öffentlichen Wege zur ordnungsmäßigen Benutzung des Grundstücks nicht genügt. Dies würde der Fall sein, wenn der Weg nicht mehr vollständig vorhanden oder wenn er nur ein öffentlicher Fußweg wäre. Die Voraussetzung des Notwegrechts liegt aber auch dann vor, wenn der öffentliche Weg ganz oder teilweise nicht passierbar ist. Die zur ordnungsmäßigen Benutzung des Grundstücks notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt jedoch im Sinne des Gesetzes dann nicht, wenn der Eigentümer in der Lage ist, eine solche Verbindung herzustellen. Dies ist z. B. der Fall, wenn ihm eine Grunddienstbarkeit zusteht oder er wenigstens ein obligatorisches Recht darauf hat. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Eigentümer die Verbindung herstellen kann, indem er eine Brücke über seinen Bach schlägt.

4. WürttJ. **22** 152 (Stuttgart). Es ist „ordnungsmäßig", d. h. vernünftig, naturgemäß, im Interesse des betreffenden Grundstückseigentümers wie der Gesamtheit gelegen, daß ein Grundeigentümer die in seinem Grundstücke verschlossenen Naturschätze ausbeutet, also z. B. auf seinem bisher landwirtschaftlich benutzten Grundstück ein Gold-, Kupfer- oder Kohlenbergwerk anlegt, wenn er annehmen darf, es finde sich Gold, Kupfer oder Kohle darin.

§ 918. WürttJ. **22** 152 (Stuttgart). Die Verpflichtung zur Duldung eines Notwegs tritt auch dann ein, wenn eine willkürliche, d. h. nicht notgedrungene Ände-

rung in der Benutzung des Grundstücks das Bedürfnis nach einem Notwege hervorruft, vorausgesetzt, daß die neue Benutzungsweise als eine „ordnungsmäßige“ anzusehen ist. Vgl. Ziff. 4 zu § 917.

§ 921. 1. **a)** Hoeniger, Gebäude auf der Grenze (Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, ABürgR. **35** 282 ff.), bespricht **RG. 65** 361 und **70** 200 (JDR. **6** Ziff. II 2 a zu § 912 und **8** Ziff. 2 u. 3 zu § 921). Er wendet sich gegen Waller, JW. **09** 745 (JDR. **8** Ziff. 1 zu § 912), der den § 912 entsprechend anwenden will. Es fehle an einem herrschenden und an einem dienenden Grundstücke, was sich deutlich zeige, wenn das Gebäude von der Grenze hälftig durchschnitten wird. Für diesen einen Fall aber mit Waller Miteigentum am Gebäude anzunehmen, sei gleichfalls nicht angängig. Auch ein Miteigentum an dem Gebäude, unabhängig von dem Eigentum am Grund und Boden, sei nicht haltbar. Dagegen sei es sehr wohl möglich, entsprechend den §§ 921, 923 BGB. anzunehmen, daß das Eigentum an den Gebäudeteilen wohl gesondert den Eigentümern der beiden Grundstücke zusteht, daß aber die Benutzung des Gebäudes eine gemeinschaftliche ist (vgl. auch Wolff, Bau auf fremdem Boden 104, JDR. **1** Ziff. 9 zu § 923). Über die Ergebnisse, zu denen die entsprechende Anwendung der §§ 921 ff. führt, vgl. aaO. 289. **b)** **RG.** 8. 12. 09, **72** 272, JW. **10** 60. Der Grundsatz, daß das Eigentum der Gebäude dem Eigentümer des Grund und Bodens zufällt und daß bei einer Zwangsversteigerung von Gebäuden, die auf zwei Grundstücken errichtet sind, vertikale Trennung eintritt (vgl. **RG. 65** 363, **70** 200, JDR. 8 Ziff. 1 zu §§ 903, 912), kann Ausnahmen erleiden. Gebäude können auch einem anderen als dem Eigentümer des Grundstücks gehören und Teile von Gebäuden können über die Grenze hinaus auf fremde Grundstücke sich erstrecken. Erfolgte der Überbau auf Grund einer Grundgerechtigkeit, die unter der Herrschaft des code civil gemäß Artt. 690, 692 ff. erworben wurde, so gehört der Überbau nicht zu dem Grundstücke; der Grundstückseigentümer muß ihn jedoch dulden.

2. *Wolf, Hessisches Landesprivatrecht (Ergbd. III zu Dernburg, Bürg. Recht) § 87 I. Der unklar gefaßte § 921 enthält in sich zwei verschiedene Vorschriften. a) Steht eine Mauer auf der Grenze, d. h. wird sie von der Grenze längs durchzogen (Kommunemauer), so unterliegt sie immer gemeinsamer Benutzung (materiellrechtliche Vorschrift). b) Es wird vermutet, daß eine Mauer auf der Grenze steht (Kommunemauer ist), wenn sie zum Vorteile beider Grundstücke dient, d. h. in unmittelbarer Nähe der Grenze liegt, und wenn nicht äußere Zeichen für das Alleineigentum eines Nachbars sprechen (Beweisvorschrift, die bei der Schwierigkeit mathematisch genauer Grenzermittlung sehr wohltätig wirkt). Abzulehnen ist die Auffassung Plancks, § 921 begründe nur für Kommunemauern die Vermutung eines Mitbenutzungsrechts. Danach müßte der Beweis geführt werden, daß Kommunemauer vorliegt, ehe die Vermutung eingreift. Dies wird durch den Schlußpassus über die äußeren Kennzeichen widerlegt. Übergangsvorschriften: Stand eine Mauer nach altem Rechte im Miteigentume der Nachbarn — insbes. der mur mitoyen des französischen Rechtes — so ist nicht nach Artt. 181, 173 EG. Fortdauer des Miteigentums anzunehmen, sondern davon auszugehen, daß diese Gemeinschaft nur eine unselbständige Berechtigung, eine Ausstrahlung des Grundstückseigentums ist und zu dessen Inhalte gehört. Daher nach Art. 180 EG. neues Recht. So auch Habicht, Planck, **RG. 53** 311. Abw. Biermann, Gierke und **RG. 63** 9.

3. SächsRpflA. **10** 47 (Dresden). Die Wortfassung des § 921 ergibt, daß eine Mauer, welche Grundstücke scheidet, grundsätzlich als eine dem Vorteile beider Grundstücke dienende Einrichtung anzusehen ist. Denn § 921 zählt zunächst die gewöhnlichen Grenzscheidungsmittel, wie Mauern, Planken und Hecken auf und fährt dann fort, „oder eine andere Einrichtung, die — gemeint ist: in ähnlicher Weise — zum

Vorteile beider Grundstücke dient." Das Gesetz betrachtet also unzweifelhaft Mauern, Planken und Hecken nur als einzelne Fälle solcher Einrichtungen, die dem Vorteile zweier Nachbargrundstücke dienen, und macht es damit hinsichtlich ihrer entbehrlich, in eine Erörterung dieser Vorteile einzutreten.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. I. Die Verfügungsberechtigung des Auflassenden. WürttJustMinErl. v. 25. 11. 09, WürttZ. **10** 78. Daß der über das Grundstück Verfügende im Zeitpunkte der Auflassung der Berechtigte ist, insbesondere durch das Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks ausgewiesen wird, ist nicht erforderlich, da die im § 185 BGB. enthaltene Vorschrift auch auf die Auflassung Anwendung findet, hiernach aber die Verfügung eines Nichtberechtigten im Falle der Einwilligung des Berechtigten wirksam wird und auch nachträglich Wirksamkeit erlangen kann, namentlich dann, wenn der Berechtigte sie genehmigt (vgl. auch § 184). Läßt daher der sog. Zwischenerwerber, ohne in das Grundbuch vorher eingetragen zu sein, das Grundstück an einen Dritten auf, so kann der Dritte auf Grund dieser Auflassung sofort in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden, wenn der bisher eingetragene Eigentümer in die weitere Auflassung durch den Zwischenerwerber eingewilligt oder sie genehmigt hat; einer solchen Behandlungsweise steht auch § 40 GBO. nicht entgegen.

II. Auflassung durch Vertreter. 1. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **10** 365. Der Grundbuchrichter ist nicht befugt, von dem eine Auflassung beantragenden Geschäftsführer einer GmbH. die Genehmigung des Aufsichtsrats zu der beabsichtigten Veräußerung zu verlangen.

2. ElsLothJZ. **10** 266 (Colmar). Wird einer Gemeinde in Elsaß-Lothringen ein Grundstück im Werte von über 500 M. geschenkt, so ist die Eintragung der Gemeinde als neuer Eigentümer von der Vorlage der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde abhängig.

III. Form der Auflassung. LG. Mainz, HessRspr. **11** 12. Der § 925 sagt nichts darüber, daß mehrere Veräußerer ihre Erklärung gleichzeitig abgeben müssen, es genügt vielmehr, wenn jeder einzelne Veräußerer dem Erwerber gegenüber und umgekehrt der Erwerber dem einzelnen Veräußerer gegenüber die Auflassungserklärung abgibt. Die Auflassung kann hiernach in getrennten Akten erfolgen unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der einzelne Veräußerer und Erwerber gleichzeitig anwesend sind und die Einigung erklären.

IV. Notwendigkeit der Auflassung. 1. BayObLG., BayNotZ. **10** 295, R. **10** Nr. 2830. Der Auflassung bedarf es dann nicht, wenn sich der Übergang des Eigentums nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft des Gesetzes vollzieht (Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht § 925 N. 2, Achilles-Strecker, GBO. 30 ff., Staudinger, Kommentar z. BGB. III § 873 N. I 3). Kraft des Gesetzes vollzieht sich der Eigentumsübergang im Falle des § 81 der Münchener Bauordnung v. 29. Juli 1895 nicht. Hiernach erhält, wer die Bewilligung zu einer Bauführung in neuen Bauanlagen erlangen will, diese erst dann, wenn er die zur Herstellung des Straßenkörpers erforderlichen Grundstücke an die Gemeinde überwiesen, d. h. abgetreten hat. Diese Vorschrift enthält nur Bestimmungen über die Voraussetzungen der Erteilung einer Baubewilligung, nicht aber Anordnungen darüber, wie die Überweisung vor sich zu gehen hat. In dieser Richtung konnte die Bauordnung Abweichungen von den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes nicht treffen.

2. OLG. Dresden, ZBlFG. **11** 159, SächsOLG. **31** 438. Träger der im Geschäftsbetriebe begründeten Rechte und Verbindlichkeiten ist nicht die Firma des Einzelkaufmanns, sondern der Firmeninhaber, und das Ge-

schäftsvermögen bildet keine von dem sonstigen Vermögen des Firmeninhabers rechtlich gesonderte Vermögensmasse, die vermittels der Firma durch bloße Vereinbarung auf eine dritte Person übertragen werden könnte. Vielmehr macht sich hierzu die Übertragung der einzelnen zu dem Geschäftsvermögen gehörenden Gegenstände je nach den dafür geltenden gesetzlichen Vorschriften erforderlich. Dies gilt auch, wenn der Firmeninhaber unter Übertragung der Firma mit einer anderen Person eine offene Handelsgesellschaft eingeht und das Geschäftsvermögen Gesellschaftsvermögen werden soll.

3. OLG. Königsberg, PosMSchr. **10** 82. Durch die Tätigkeit der Generalkommission in dem Verfahren bei der Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses und der Durchführung des Verwendungsverfahrens kann ein Eigentumsübergang an Grundstücksteilen ohne Auflassung und Eintragung nicht bewirkt werden.

4. OLG. Dresden, SächsRpflA. **10** 144, SächsOLG. **10** 162. In der Literatur ist man fast einmütig der Ansicht, daß sich bei der bürgerlichen Gesellschaft die Anwachsung dem § 738 Abs. 1 BGB. gemäß auf den Fall beschränkt, daß die Gesellschaft trotz des Ausscheidens oder des Ausschlusses eines Gesellschafters fortbesteht. . . . Der entscheidende Senat nimmt keinen Anstand, sich der herrschenden Meinung jedenfalls für den Fall anzuschließen, daß die Geschäfte, zu deren Besorgung die Gesellschaft begründet war, ausgeführt worden sind und damit sich der Zweck, dem das gesellschaftlich vereinigte Vermögen dienstbar gemacht wurde, erledigt hat.

5. LG. Leipzig, SächsRpflA. **10** 144. Soll ein Grundstück, als dessen Eigentümer zur gesamten Hand zwei Personen mit dem Zusatz im Grundbuch eingetragen sind, daß die zwischen ihnen bestehende Gemeinschaft auf einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes beruhe, unter Ausscheiden des einen Gesellschafters aus der Gesellschaft auf den anderen übergehen, so bedarf es zur Herbeiführung des Eigentumswechsels der Auflassung.

6. LG. Köln, RheinARV. **28** 18. Zur Umschreibung von Grundeigentum an die Anfallberechtigten einer rechtsgültig aufgehobenen Familienstiftung ist Auflassung erforderlich.

7. *Deitigsmann, Eigentumsübergang von Gesamthandsgrundstücken ohne Auflassung. Überall da, wo nur der Vermögenskern eines Gesamtguts (d. h. die personenrechtliche Gemeinschaft der Gesamthänder), und in diesem das Sondervermögen als Ganzes von einem Rechtsvorgang ergriffen wird, der die Zuständigkeit an dem Vermögen ändert, findet Universalsukzession statt, es bedarf also nicht einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der einzelnen, zum Vermögen gehörenden Gegenstände, also bei Grundstücken auch nicht der Auflassung. Überall da jedoch, wo nicht der Kern eines gesamthänderischen Sondervermögens und damit das Vermögen als Ganzes, sondern einzelne Gegenstände von einem Rechtsvorgang ergriffen werden, der sie aus dem Sondervermögen heraus oder in dasselbe hinein bringt, findet Singularsukzession statt, Grundstücke bedürfen also der Auflassung. — Die Bedeutung dieses allgemeinen Prinzips auf die einzelnen in Betracht kommenden Tatbestände zeigt, daß im Rechtsgebiete der Gesamthandgemeinschaften Fälle von Gesamtrechtsnachfolge überaus häufig sind. Damit ergibt sich zugleich, daß das Geltungsgebiet der Universalsukzession im Rechte überhaupt eine viel größres ist, als bisher angenommen wurde.

V. Entgegennahme der Auflassung. KG., OLG. **21** 32, R. **10** Nr. 2888. Die Entgegennahme der Auflassung darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil der beabsichtigten Eigentumseintragung Hindernisse entgegenstehen. Eine dem § 48[1] PrGBO. entsprechende Vorschrift ist dem geltenden Rechte fremd. Die Beurkundung der Auflassung kann vielmehr nur unter den Voraussetzungen des Art. 40 Abs. 2 PrFGG. abgelehnt werden.

VI. Rechtswirksamkeit der Auflassung. 1. SächsOLG. **31** 84 (Dresden). Die Mitauflassung eines Grundstücks, dessen Eigentum nicht übertragen werden sollte, entbehrt, ohne daß sie erst der Kläger anzufechten brauchte, der rechtlichen Wirksamkeit; es ist durch die Eintragung eine Unrichtigkeit des Grundbuchs entstanden.

2. KG., KGJ. **39** A 154. Eine Auflassung, die unter der Herrschaft des preußischen Grundbuchrechts vor einem Grundbuchamt erklärt ist, das zwar ein Grundbuchblatt über das Grundstück tatsächlich eröffnet hatte, aber zur Führung des Grundbuchs örtlich unzuständig war, ist nichtig.

3. *Titze, Mißverständnis, 425 ff. über den „Dissens" bei der Auflassung.

VII. Wirkung der Auflassung. OLG. Rostock, R. **10** Nr. 1587, SeuffA. **65** Nr. 9. Die Auflassung begründet kein Recht auf Vormerkung des Anspruchs auf Eintragung.

VIII. Bedingte Auflassung. KG., OLG. **20** 69. Der Umstand, daß die Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten nach § 185 von der Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten abhängt, ist eine Rechtsbedingung und erfüllt nicht den Tatbestand des § 925² (vgl. OLG. **2** 1, KGJ. **22** A 147, **23** A 136). Wenn dagegen die Auflassenden die Wirksamkeit ihrer Verfügung rechtsgeschäftlich von der späteren Genehmigung des Berechtigten abhängig machen, so nehmen sie das Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 vor, so daß die Auflassung nach § 925² unwirksam ist und auch durch den Eintritt der Bedingung nicht wirksam werden kann. Denn die Auflassenden wollen dann für den Fall des Nichteintritts der Bedingung, daß die Auflassung und die damit verbundene Eintragungsbewilligung auch für sie selbst unwirksam sei, die im § 873² bestimmte bindende Kraft also nicht haben und auch nicht gemäß § 185 ² wirksam werden soll, wenn die Verfügenden das Grundstück erwerben oder wenn sie vom Berechtigten beerbt werden und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

IX. Verhältnis der Auflassung zum Grundgeschäfte. BayObLG. 27. 5. 10, BayNotZ. **10** 346, SeuffBl. **10** 648, BayRpflZ. **10** 287. Das Rechtsgeschäft, das den rechtlichen Grund der Eigentumsübertragung bildet (obligatorischer Vertrag), ist nicht Bestandteil der Auflassung; die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts läßt deshalb die Wirksamkeit der den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden Auflassung unberührt. Die Unabhängigkeit der Auflassung von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte bringt es mit sich, daß das Grundbuchamt nur zu prüfen hat, ob die Einigung den Vorschriften des § 925 BGB. genügt und ob sie nach dem materiellen Rechte wirksam ist. Sind hiernach und nach den §§ 20, 19, 29 GBO. die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung (Neue Sammlung v. Entsch. d. Obersten Landesger. **10** 558) gegeben, so muß das Grundbuchamt dem Antrag auf Eintragung stattgeben.

§ 928. 1. *Lenhard, ABürgR. **35** 369 ff. Die Grundstücksdereliktion ist ein Rechtserfolg (kein Rechtsgeschäft, wie L. Bendix annimmt), welcher durch Abgabe der widerruflichen (aM. Fuchs, Predari, Planck) Verzichtserklärung, eines einseitigen Rechtsgeschäfts, dem Grundbuchamte gegenüber und durch Eintragung dieser Erklärung auf Antrag in das Grundbuch erreicht wird. Dieser Rechtserfolg bedeutet Herrenlosigkeit des Grundstücks (gegen Hellwig und L. Bendix). Die Dereliktion berührt die Rechtslage der dinglichen Gläubiger nicht, sie führt auch nicht den Untergang der Eigentümerhypothek (Grundschuld) herbei, die der derelinquierende Eigentümer vor der Eigentumsaufgabe erworben hat. Denn die Eigentümerhypothek (Grundschuld) ist wie die Hypothek und die Grundschuld eine echte dingliche Belastung. Die Wertteilstheorie ist zu verwerfen. Der „Vertreter" der §§ 558, 787 ZPO., gegen den die dinglichen Gläubiger ihre

Rechte geltend zu machen haben, ist weder ein Vertreter des „Eigentums" (Hellwig) noch des früheren oder zukünftigen Eigentümers, sondern er ist der vom Gesetze fingierte Eigentümer selbst, die Person, die so zu behandeln ist, als wäre sie selbst der Eigentümer.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 153—155. Das Grundeigentum nach der Aufgabe ist ein ruhendes Recht.

3. Heinsheimer, BayRpflZ. **10** 85. Grundstücksverzicht wegen drohender Zwangsversteigerung.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Arthur Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchotsBeitr. **54** 226—253. — Scherer, Die Umgehung der Faustpfandbestellung nach § 1205 BGB. mittels Sicherheitsbestellung nach § 930 BGB., RheinZ. **2** 349 ff.

§ 929. 1. BraunschwZ. **10** 25 (Braunschweig). Für den Eigentumserwerb bei stiller Vertretung des Käufers ist nur der innere Wille des Vertreters entscheidend, wenn der Tradent an der Person des Erwerbers nicht interessiert ist und sich deshalb des Eigentums für den, welchen es angeht, entäußern will. Anders liegt die Sache dann, wenn der Tradent erklärt hat, wem er das Eigentum übertragen wolle. In diesem Falle würde ein entgegengesetzter, vom Vertreter nicht geäußerter Wille ohne Belang sein.

2. DJZ. **10** 205 (KG.). Die Eigentumsübertragung an Gegenständen, die in einer Ausstellung zur Schau stehen, erfolgt nicht in der Weise, daß der Aussteller den Anspruch auf Herausgabe gegen die Ausstellungsleitung an den Erwerber zediert. Die Ausstellungsleitung erwirbt keinen Mitbesitz an den ausgestellten Sachen; der Besitz bleibt vielmehr unverändert bei dem Aussteller. Dieser kann daher nach wie vor Eigentum durch tatsächliche Übergabe und ebenso durch Ersatzübergabe übertragen.

3. Umschreibung eines Sparkassenbuchs (JDR. **8** Ziff. II 3). HansGZ. **10** Beibl. 88 (Hamburg). Daraus allein, daß jemand ein Sparkassenguthaben auf den Namen eines anderen schreiben läßt, kann dieser keine Eigentumsansprüche an dem Buche oder dem darin verbrieften Guthaben herleiten.

4. R. **10** Nr. 912 (KG.). Hat der Gläubiger Sachen seines Schuldners gepfändet und ist ihm entsprechend einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts aus § 825 ZPO. der Zuschlag erteilt, so erwirbt er auch ohne körperliche Übergabe das Eigentum an den ihm zugeschlagenen Stücken, wenn er zur Zeit des Zuschlags mit dem Schuldner über den Eigentumsübergang einig ist.

5. a) R. **10** Nr. 3183 (Hamburg). Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache auf jemanden, welcher bereits die tatsächliche Gewalt im Sinne des § 855 hatte, bedarf es nicht noch einer besonderen Besitzübertragung, es genügt vielmehr die Einigung über den Übergang des Eigentums. Mit dieser Einigung verwandelt sich die tatsächliche Gewalt in Besitz, weil der Erwerber nun nicht mehr den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen zu folgen hat. **b)** NaumburgAK. **10** 3 (Naumburg). Der Besitzdiener kann nicht Eigentum in Gemäßheit des § 929 Satz 2 erwerben.

6. Darüber, ob derjenige, dem eine Sache von seinem Verkäufer übergeben werden soll, von dieser körperlich Besitz ergriffen haben muß, um seinerseits die Sache an seinen Käufer weiter übertragen zu können, handelt **RG.** 17. 11. 10, **74** 354 ff.

§ 930. I. 1. Sicherungsübereignung (JDR. **1** Ziff. 5, **2**, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I, **7**, **8** Ziff. I 1). a) Luetgebrune, JW. **10** 140. Wenn bei der Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager dem Kreditnehmer die Verpflich-

tung auferlegt ist, alle späteren Ersatzstücke dem Kreditgeber zu übertragen, und ihm weiter die Ermächtigung erteilt ist, diese Eigentumsübertragung als Vertreter des Kreditgebers anzunehmen, so ist damit die Möglichkeit zu einem Kontrahieren mit sich selbst gemäß § 181 BGB. geschaffen. Es kommt dann nur noch darauf an, daß der Kreditnehmer bei der Übertragung der angeschafften Ersatzstücke auf sich als Vertreter des Kreditgebers richtig verfährt. Dies tut er, wenn er den Doppelwillen des Übertragens und Annehmens des Eigentums an dem neu angeschafften Gegenstande nicht lediglich in seinem Inneren faßt, sondern auch durch äußere Tatsachen an den Tag legt. Dieses äußere Erkennbarmachen seines Willens kann z. B. rechtserheblich dadurch zum Ausdrucke gebracht werden, daß die zu übertragenden Ersatzstücke mit einer Signatur des Kreditgebers versehen werden. Die äußere Kenntlichmachung würde aber auch dann schon vorliegen, wenn die zu übertragenden Ersatzstücke in einer Zusammenstellung aufgezeichnet werden, in der unter dem Namen des Kreditgebers der Bestand an Inventar und Warenlager aufgeführt ist. **b**) Bollenbeck, Sicherungsübereignung, DNotV. **10** 169 ff. Sicherungskauf und Sicherungsübereignung stimmen darin überein, daß der Sicherheitsbesteller den Besitz der Sache beibehält und zum Rückerwerbe der Sache berechtigt oder verpflichtet wird. Sie unterscheiden sich dadurch, daß beim Sicherungskaufe die Besitzbeibehaltung und der Rückerwerb stets neben dem Kaufe zu verabreden sind, während sie bei der Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut sich von selbst verstehen, weil sie naturalia negotii bilden, da ja die Besitzbeibehaltung durch das Konstitut und das Recht zum Rückerwerbe durch den auf Sicherstellung beschränkten Zweck der Übereignung gegeben sind. Vgl. auch Hallbauer, JDR. **4** Ziff. 1 b u. **6** Ziff. I 1 zu § 117.

2. *Arthur Müller, Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchotsBeitr. **54** 226 ff. Das Prinzip der Vorausverfügung (vgl. o. zu § 185 Ziff. 1) ist auch anwendbar auf die Veräußerung noch nicht zur Entstehung gelangter Sachen, z. B. noch nicht fabrizierter Waren, noch nicht erzeugter Früchte; ausgenommen ist hiervon allein die Veräußerungsart des § 929 Abs. 1. Denn das BGB. fordert im Gegensatze zum römischen Rechte nicht, daß der Erwerber den Eigenbesitz der Sache bekommt, sondern nur, daß der Veräußerer zur Zeit des Einigseins über den Eigentumsübergang den Eigenbesitz der Sache nicht hat oder nicht behält. Die Sache braucht zur Zeit des Veräußerungsgeschäfts in niemandes Besitz zu sein. Dies gilt auch für den Fall des § 930 (antizipiertes Konstitut), der durch die Sicherungsübereignungen künftiger Fabrikate besonders wichtig ist. Es wird besonders der nicht ganz klare Standpunkt des **RG. 56** 52 besprochen (244). Das antizipierte Konstitut ist aber auch bindend, da die Anwartschaft auf den mittelbaren Besitz ebensowenig wie dieser selbst durch einseitige Erklärung des Besitzmittlers (Veräußerers) zerstört werden kann (vgl. o. Ziff. 1 zu § 868).

3. *v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **10** 174 ff. Die Vorschrift des § 930 findet Anwendung in Ländern des notariellen Geldverkehrs bei einem „Gelddepot" des Notars, der ein Rechtsgeschäft beurkundet hat, wenn die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen sind, daß dieses „Depot" als Vertragserfüllung (Zahlung) des einen Beteiligten gelten und fortan Eigentum des anderen Beteiligten sein solle. Vgl. o. Ziff. **2** zu § 662.

4. M. Wolff, Sachenrecht 176. Nach dem Wortlaute des § 930 ist zur Übereignung durch Konstitut die Vereinbarung eines Besitzmittelungsverhältnisses nötig. Allein auch ein nicht auf Vereinbarung, sondern auf Gesetz beruhendes Besitzmittelungsverhältnis muß ausreichen.

II. Aus der Praxis: 1. Über antizipierte Vereinbarung des nicht Besitzenden (vgl. JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **6**, **8** Ziff. II 1).

a) **RG.** 9. 7. 09, HessRspr. **11** 18 im wesentlichen wie **RG.** JW. **07** 747, JDR. **6** Ziff. II 1. Vgl. auch SchlHolstAnz. **10** 291. b) **RG.** 10. 12. 09, JW. **10** 110. Eine Eigentumsübertragung durch Konstituierung kann, wenn sie auch anfangs wegen fehlenden Eigentums des Veräußerers der Sache wirkungslos war, Wirksamkeit erlangen, wenn der Veräußerer später das Eigentum erwirbt.

2. Sicherungsübereignung (vgl. o. Ziff. I 1 u. JDR. 8 Ziff. II 2). a) OLG. **20** 169 (Düsseldorf). Die Sicherungsübereignung begründet zwar ein Treuverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, demzufolge der Gläubiger die ihm übertragenen Gegenstände nur im Interesse des Schuldners verwerten darf, einen bei sachgemäßer Verwertung erzielten Erlös über die gesicherte Forderung hinaus aber dem Schuldner herausgeben muß. Es erscheint indes eine Abrede zulässig, daß die Tilgung der Forderung binnen bestimmter Zeit erfolgen soll und daß anderenfalls der Gläubiger die sämtlichen ihm übereigneten Sachen an Zahlungsstatt behalten darf. b) **RG.** 21. 1. 10, WarnE. **10** 99. Mit der Sicherungsübereignung ist begrifflich keineswegs notwendig verbunden, daß der Erwerber das übertragene Eigentum bis zur Tilgung seiner Forderung behalten soll. Bei einem solchen Geschäfte kann der Wille auch darauf gerichtet sein, daß dem Erwerber das Eigentum nur so lange, bis er anderweite Sicherung für seine Forderung erhält, verbleiben soll.

3. NaumburgAK. **10** 3 (Naumburg). Zum wirksamen Eigentumserwerb an den von dem Ehemanne der Ehefrau mittels constitutum possessorium übertragenen Mobilien ist notwendig, daß die von der Frau erworbenen Gegenstände zu ihrem Vorbehaltsgute gemacht werden, da dem Ehemanne sonst auf Grund des gesetzlichen Güterstandes der Besitz an den der Frau gehörigen Sachen zustehen würde. AM. LG. Naumburg, NaumbAK. **10** 43.

4. R. **10** Nr. 930 (Stuttgart). Wenn die gesamte Haushaltungsfahrnis übereignet wird, so muß durch Anlegung eines Verzeichnisses oder durch Bezugnahme auf ein schon vorhandenes dafür gesorgt werden, daß die Zugehörigkeit der einzelnen Gegenstände zu der Gesamtfahrnis mit Sicherheit festgestellt werden kann. Anderenfalls ist der Vertrag wegen mangelnder Bestimmtheit unwirksam.

5. Rechtsverhältnis der im § 930 bezeichneten Art (JDR. 8 Ziff. II 5). a) SächsOLG. **31** 377 (Dresden). Ein abstraktes constitutum possessorium entspricht nicht den Erfordernissen, die § 930 BGB. an ein Abkommen stellt, das die an sich zum Eigentumsübergange notwendige Übergabe ersetzen soll (vgl. **RG. 49** 170, **54** 396). b) SchlHolstAnz. **10** 287 (Kiel). Ein rechtsgültiges constitutum possessorium ist darin nicht zu finden, daß der bisherige Eigentümer vom Käufer zum Geschäftsführer hinsichtlich der fraglichen Gegenstände bestellt ist.

6. **RG.** 21. 5. 10, JW. **10** 707. Für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang bei Übertragung mittels constitutum possessorium ist eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Übertragungswillen erkennbar macht, zu erfordern. Eine solche erkennbare Willensäußerung ist insbesondere nicht zu entbehren, wenn das Besitzkonstitut selbst durch einen Vertrag, den der Bevollmächtigte oder Beauftragte mit sich in fremdem Namen schließt, zustande kommen soll.

§ 932. 1. *Reichel, JW. **10** 742. Die offene Handelsgesellschaft erwirbt kein Eigentum an der dem sie inferierenden Gesellschafter nicht gehörigen Sache, wenn dieser weiß, daß er nicht Eigentümer ist; seinen schlechten Glauben müssen nach Analogie des § 166 BGB. auch die (gutgläubigen) Mitgesellschafter gegen die Gesellschaft gelten lassen.

2. HessRspr. **11** 70 (Darmstadt). Die dem Erwerber durch § 932 auferlegte Nachforschungspflicht begründet keine allgemeine Verpflichtung, die Legitimation des Verkäufers zu prüfen. Nur wenn nach der Natur der Sache und nach gewöhnlichem menschlichen Ermessen hinreichende Verdachts- und Zweifelsgründe über das

Eigentum des Veräußerers entstehen, erwächst dem Erwerber die Pflicht, die zur Erforschung der Wahrheit geeigneten Mittel anzuwenden.

3. **RG.** 28. 6. 10, DJZ. **10** 1025, SeuffA. **66** 133. § 932 bezieht sich nicht auf die Fälle, in denen der Eigentümer geschäftsunfähig, nicht gehörig vertreten oder in der Verfügungsbefugnis schlechthin beschränkt ist.

4. Einfluß von Rechtsirrtum auf den guten Glauben (JDR **6** Ziff. 2 u. 7). **RG. 74** 354. Für die Annahme des guten Glaubens ist die Unkenntnis des Rechtsmangels, der Glaube an das Vorhandensein des Eigentums des Veräußerers entscheidend. Auch wenn daher der Erwerber die Tatsachen kennt, die geeignet sind, den Eigentumserwerb seines Veräußerers auszuschließen, kann im einzelnen Falle infolge einer rechtsirrigen Beurteilung dieser Tatsachen der Erwerber wirklich an einen Eigentumserwerb des Veräußerers geglaubt haben.

§ 933. WürttJ. **23** 13 (Stuttgart). In den Fällen des § 933 ist zum Erwerbe des Eigentums nur die wirkliche unmittelbare Inbesitznahme geeignet.

§ 934. **RG.** 12. 7. 10, R. **10** Nr. 3184. Das Bestehen eines mehrfachen mittelbaren Besitzes steht dem Eigentumserwerbe des gutgläubigen Erwerbers nicht entgegen. A. hatte ihm gehörige Wertpapiere dem B. zur Sicherstellung zur Verfügung gestellt, B. hatte die Wertpapiere bei C. hinterlegt und den Herausgabeanspruch gegen C. an D. abgetreten.

§ 935. 1. Nathan, WürttJ. **23** 121 ff. Die Bestimmung des § 935 Abs. 1 bedeutet nach ihrer Stellung im Gesetz einen Ausnahmesatz von dem durch das BGB. angenommenen Grundsatze des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten infolge guten Glaubens des Erwerbers; dieser Ausnahmesatz grenzt sich durch den nicht freiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes ab. Als Grundlage für die konkrete Entscheidung genügt die Feststellung des Vorliegens tatsächlicher Willensfähigkeit und tatsächlicher Willenshandlung. Im einzelnen Falle ist im Sinne des vom BGB. übernommenen germanischen Prinzips zu fragen: Hat die betreffende Person der anderen den Besitz anvertraut und hat sie ihn anvertrauen können?

2. SeuffA. **65** 17 ff. (KG.). Der Abs. 2 des § 935 enthält keine Ausnahme von der Vorschrift des § 932, daß der bösgläubige Erwerber Eigentum nicht erlangt. Der bösgläubige Käufer in der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen erwirbt kein Eigentum. Vgl. hierzu auch M. Wolff, Sachenrecht 180/181.

3. Zum Begriffe des Abhandenkommens (JDR. **2** Ziff. 2, **3**, **4** Ziff. 1, **7**, **8** Ziff. 4). HessRspr. **11** 70 (Darmstadt). Hatte der Besitzer den Besitz infolge eines Irrtums, einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung aufgegeben, so liegt ein Abhandenkommen nicht vor.

II. Ersitzung.

§ 937. M. Wolff, Sachenrecht 187. Nachträglicher guter Glaube nützt dem Besitzer.

§ 944. M. Wolff, Sachenrecht 189. Der Erbschaftsbesitzer muß Ersitzungsbesitzer gewesen sein, d. h. er muß die Sache für Eigentum des Erblassers und sich für den Erben gehalten haben.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946. 1. **RG.** 7. 5. 10, **73** 335, R. **10** Nr. 2336. Der Grundstückseigentümer erwirbt an den zu Bestandteilen seines Grundstücks gewordenen Gegenständen Eigentum auch dann, wenn dem Lieferanten das Eigentumsrecht vorbehalten und ihm ein Wegnahmerecht eingeräumt worden ist (vgl. **RG. 62** 411, **63** 421).

2. Vgl. auch u. zu § 90 Ziff. 14 ZVG.

§ 950. 1. **RG.** 14. 12. 09, **72** 285, JW. **10** 107. Ziegelsteine, welche auf einem Ziegeleigrundstücke gewonnen werden, stellen sich gegenüber dem zu ihrer Herstellung verwendeten Tone als neue bewegliche Sachen dar. Eigentümer der

Steine wird daher derjenige, der für sich und auf seine Gefahr durch von ihm angenommene Arbeiter die Steine herstellen läßt.

2. ElsLothJZ. **10** 468 (Colmar). Für den Eigentumserwerb durch Verarbeitung beweglicher Sachen kommt es nicht darauf an, ob der Wert des von dem Verarbeiter herrührenden Stoffes oder der Wert des verwendeten fremden Stoffes höher ist. Vom Gesetze gefordert wird vielmehr eine Vergleichung des Wertes der Verarbeitung, d. h. des Wertes der vom Hersteller aufgewendeten Arbeit ohne Rücksicht auf den Wert des von ihm beigetragenen Stoffes, mit dem Werte sämtlicher verwendeter Stoffe, mögen sie dem Besteller oder einem anderen gehören. — Von Herstellung einer neuen Sache kann nicht die Rede sein, wenn es sich um die Reparatur einer Sache handelt, mag diese auch noch so umfangreich sein, denn in diesem Falle muß die reparierte Sache als die Hauptsache angesehen werden, mit der andere bewegliche Sachen, die zur Reparatur verwendeten Stoffe, so verbunden wurden, daß sie Bestandteile der ersteren geworden sind (§ 947 Abs. 2 BGB.).

3. Über Verarbeitung und Umbildung *Klein, ÖstZBl. **28** 713. Verarbeitung und Umbildung durch Angestellte 723 ff.

§ 952. 1. M. Wolff, Sachenrecht 202. Die Urkunde teilt die rechtlichen Schicksale des verbrieften Rechtes nur im Zweifel; eine Zweiung beider kraft Vertrags ist nicht ausgeschlossen. Es kann ein Gläubiger den Schuldschein seines berühmt gewordenen Schuldners einem Autographensammler veräußern und die Forderung behalten. Insoweit enthält § 952 dispositives Recht.

2. **RG.** (Strafſ.) **43** 17 ff. Derjenige, mit dessen Mitteln ein Stellvertreter eine Sparkasseneinlage macht, wird auch dann Gläubiger der Sparkasse, wenn der Stellvertreter ihn der Sparkassenverwaltung gegenüber nicht als Einleger bezeichnet hat und erwirbt in diesem Falle ohne weiteres das Eigentum an dem nicht auf seinen Namen lautenden Sparkassenbuche.

3. HansGZ. **10** Beibl. 77 (Hamburg). Durch die Zession der Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrage wird der Zessionar Eigentümer der Police und zwar auf Grund des § 952 kraft Gesetzes und ohne daß es einer besonderen Übergabe des Papiers bedarf. Mag auch eine Police nicht unter den Abs. 2 des § 952 fallen (vgl. **RG. 51** 83), weil sie eine Urkunde über Forderungsrechte ist und der Abs. 2 Urkunden über „andere Rechte" als die von Abs. 1 betroffenen Forderungen betrifft, so fällt sie doch unter den Begriff des Schuldscheins im Sinne des § 952 Abs. 1.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

§ 953. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 369. Der Eigentumserwerb nach § 953 beruht auf der natürlichen Surrogation.

§ 955. M. Wolff, Sachenrecht 206. § 955 deckt den Fruchterwerb nicht nur des unmittelbaren, sondern auch des mittelbaren Besitzers. Ist der Besitzmittler aber selbst fruchtberechtigt (z. B. Nießbraucher) oder in Ansehung seines Fruchtrechts redlich, so fallen die Früchte in sein Eigentum und nicht in das des Oberbesitzers, auch wenn dieser das Fruchtrecht seines Mittlers nicht kennt.

§ 956. 1. M. Wolff, Sachenrecht 209. Nicht wer im Augenblicke der wirklichen Trennung die Früchte erwirbt, hat das Gestattungsrecht, sondern wer sie im Augenblicke der Gestattung erwerben würde, wenn die Trennung bei der Gestattung geschähe.

2. **RG.** 17. 12. 09, JW. **10** 112. Die Gestattung des Abhiebs des auf dem Stamme verkauften Holzes kann im einzelnen Falle sehr wohl nach dem Willen der Vertragschließenden nur die Bedeutung haben, daß das gestattete Schlagen der Bäume nicht zum Zwecke der Erlangung des Besitzes und zur Übertragung des Eigentums an dem geschlagenen Holze, sondern nur zur Vorbereitung der demnächstigen Besitz-

und Eigentumsübertragung erfolgen soll, daß also durch das Abholzen seitens des Käufers an den Besitz- und Eigentumsverhältnissen irgendwelche Änderung nicht eintreten, Eigentum und Besitz vielmehr erst mit der nach Bezahlung des Kaufpreises gestatteten Abfuhr übergehen soll.

3. OLG. **20** 167 (Colmar). Beim Verkauf eines Hauses auf Abbruch wird der Käufer mit der Besitzergreifung Eigentümer der Abbruchsmaterialien.

VI. Fund.

§ 971. M. Wolff, Sachenrecht 233. Zahlt der Verlierer den Finderlohn an einen Überbringer der Fundsache, der nicht Finder ist (der sie z. B. beim Finder gestohlen hat), so wird er damit auch dem wahren Finder gegenüber befreit. Dies ergibt ein argumentum a maiore ad minus vom § 851 BGB. aus.

§ 973. 1. R. **10** Nr. 916 (Breslau). Dienstboten, insbesondere Hotelangestellte, können durch Ansichnehmen von Sachen, die sie in den ihrer Wartung unterstellten Räumen gefunden haben, das Recht auf Eigentumserwerb für sich begründen.

2. Vgl. auch *Klein, ÖstZBl. **28** 714.

§ 974. M. Wolff, Sachenrecht 235. Wenn mehrere Empfangsberechtigte in Frage kommen, muß der Finder die Erklärungsfristen allen zur Sache berechtigten Empfangsberechtigten, die er kennt oder die sich bei der Polizei gemeldet haben, setzen; setzt er sie einem gegenüber nicht, so ist die Fristsetzung gegen alle wirkungslos; setzt er sie allen, so genügt die fristgerechte Genehmigung eines von ihnen, um den Eigentumserwerb nach § 974 auszuschließen.

§ 975. HansGZ. **10** Beibl. 135 (Hamburg). Das BGB. regelt die Voraussetzungen nicht, unter denen die Polizeibehörde von ihrer im § 975 anerkannten Befugnis zum Verkaufe der von ihr in Verwahrung genommenen Fundsachen Gebrauch machen darf. Bestimmt die Geschäftsanweisung der Polizei, daß abgelieferte Fundsachen nach Maßgabe der §§ 965 ff. BGB. zu behandeln sind, so ist die Behörde zur Versteigerung befugt, wenn die Fundsache wegen Platzmangels nicht länger in den Räumen der Fundsachenverwaltung aufbewahrt werden kann, und die Aufbewahrung an einem gemieteten Platze mit unverhältnismäßigen Kosten verknüpft ist.

§ 984. Vgl. *Klein, ÖstZBl. **28** 715.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum.

§ 985. 1. Dickel, BayRpflZ. **10** 351 ff. Bei der Eigentumsklage muß im Bestreitungsfalle der Kläger das behauptete Eigentum und den Besitzerwerb des Beklagten beweisen. Gibt jedoch der Beklagte das Eigentum des Klägers und seinen Besitzerwerb zu, behauptet jedoch, diesen wieder verloren zu haben und bestreitet damit seine Herausgabepflicht, so trifft ihn die Beweislast.

2. **RG.** 10. 12. 09, JW. **10** 110. Unter dem Besitzer, von welchem der Eigentümer die Herausgabe der Sachen verlangen kann, ist der mittelbare Besitzer mitzuverstehen.

3. SchlHolstAnz. **10** 25 (Kiel). Gegenüber der Räumungsklage des eingetragenen Eigentümers kann sich der Mieter nicht darauf berufen, daß der Eigentumserwerb des Klägers, weil zu Bordellzwecken erfolgt, nichtig ist.

§ 986. Zur Auslegung des § 986 zu vgl. **RG.** 8. 11. 10, **74** 399.

§§ 989 ff. **RG.** 24. 11. 09, BayRpflZ. **10** 117. Wer den Besitz an Sachen freiwillig aufgegeben hat, weil das Eigentum an ihnen aus Rechtsgründen zweifelhaft war, kann dann von dem Besitzer nicht an Stelle der Herausgabe der Sachen Schadensersatz wegen Verzugs verlangen, da der redliche Besitzer selbst nach Zustellung der Klage nicht für den durch den Verzug erwachsenen Schaden haftet.

§ 994. SchlHolstAnz. **10** 3 (Kiel). Unter „Verwendungen“ sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt. Als notwendig sind nicht nur die Verwendungen zu erachten, ohne welche die Sache untergehen oder verschlechtert werden würde, sondern notwendig sind solche Verwendungen, welche die ordentliche Bewirtschaftung mit sich bringt.

§ 1004. 1. *Rosenthal, LeipzZ. **10** 107. Der § 1004 wird vielfach praktisch für den quasi-negatorischen Schutz gewerblicher Unternehmungen gegen jegliche objektiv widerrechtliche Beeinflussung (vgl. Rosenthal bei § 823 Abs. 1 BGB., ferner Rosenthal-Wehner, Wettbewerbsgesetz [2] 26 ff.).

2. HansGZ. **10** Beibl. 145 (Hamburg). Der Private an sich hat keinen Anspruch aus § 1004 darauf, daß sein Nachbar die ortspolizeilich vorgeschriebenen Baubeschränkungen einhalte, wenn nicht die Baupolizeiordnung einen solchen privaten Anspruch gewährt.

3. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 156 ff., SeuffBl. **10** 286. Eine Störung des Eigentums im Sinne des § 1004 ist nur dann anzunehmen, wenn die Beeinträchtigung auf den Willen des Störers zurückzuführen, ein ursächlicher Zusammenhang mit einer Willensbetätigung des Störers vorhanden ist. Dieser Zusammenhang ist bei dem Absturze von Erdanschüttungen auch dann vorhanden, wenn die Willensbetätigung nicht die alleinige Ursache des Absturzes ist, vielmehr Naturereignisse gewöhnlicher Art, wie anhaltende Regengüsse, dabei mitgewirkt haben. Denn die Erdanschüttung bleibt die eigentliche Ursache des Absturzes und sie verdankt einer Handlung des Störers ihre Entstehung. Ob die schädliche Einwirkung der Erdanhäufung vorauszusehen war, kommt für den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung nach § 1004 nicht in Betracht. **b)** ElsLothJZ. **10** 255 ff. (Colmar). Der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung sowie, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung oder Ergreifung vorbeugender Maßregeln besteht auch bei durch Naturgewalt herbeigeführten schädlichen Einwirkungen von einem Grundstück auf ein anderes, sofern die Möglichkeit solcher Einwirkungen auf die Handlung oder Unterlassung eines Menschen zurückzuführen ist.

4. Störungen durch Eisenbahnanlagen (JDR. **8** Ziff. 3 u. o. zu § 906 Ziff. 3). **a)** EisenbE. **26** 135 (Hamm). Einrichtungen zur Abwehr gegen Erschütterungen, Geräusch, Rauch und Funken der Eisenbahn können nicht im Rechtswege gefordert werden; die Vermeidung dieser Störungen würde eine Änderung des Eisenbahnbetriebs selbst erfordern. Vgl. **RG. 59** 70, **62** 131. **b)** **RG.** 5. 10. 10, R. **10** Nr. 4090, EisenbE. **27** 311, NaumbAK. **11** 11. Der Unternehmer einer Nebenbahn haftet für die aus dem Bahnbetriebe den benachbarten Grundstücken entstehenden Schäden, auch wenn er den Betrieb einem anderen übertragen hat, und zwar kann der derzeitige Eigentümer Ersatz des gesamten, für das Grundstück aus dem Bahnbetrieb erwachsenen Schadens, nicht etwa nur des auf seine Besitzzeit fallenden Schadens beanspruchen.

5. OLG. **20** 402 (KG.). Der Eigentümer als solcher kann die photographische Aufnahme seines Gebäudes und die Verbreitung der Photographien verbieten, wenn eine gewerbliche Verwertbarkeit des Rechtes zur Herstellung und Vervielfältigung photographischer Aufnahmen üblich ist oder auch nur als möglich und wahrscheinlich in Frage kommt.

6. a) **RG.** JW. **10** 654, SächsRpflA. **10** 279, SeuffBl. **11** 204, SeuffA. **66** 100, GruchotsBeitr. **54** 1004. Froschquaken in einem künstlich angelegten Teiche ist eine Beeinträchtigung im Sinne des § 1004. Der Beseitigungsanspruch ist auch gegen den Pächter des Teiches gegeben. **b)** SächsRpflA. **10** 286 (LG. Dresden). Fliegen Tauben von dem dicht an der Grundstücksgrenze stehenden Taubenschlag auf nachbarliche Gemüsebeete, so steht dem Nachbarn ein Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung gegen den Eigentümer der Tauben zu.

§ 1005. R. **10** Nr. 2785, SeuffA. **66** 62 (Rostock). Dem Besitzer eines Grundstücks, mit dem ein anderer eine ihm nicht gehörige Sache zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden hat, steht gegenüber der Klage des Eigentümers der Sache auf deren Herausgabe kein Zurückbehaltungsrecht wegen des mit der Loslösung der Sache verbundenen Schadens zu.

§ 1007. a) M. Wolff, Sachenrecht 5. Die Ansprüche des Besitzers aus § 1007 sind dingliche Ansprüche im Sinne des § 221 BGB. b) M. Wolff, Sachenrecht 53 darüber, ob der auf Übergabe der Sachfrüchte belangte Besitzer die Übergabe dann verweigern kann, wenn er selbst Eigentümer nach § 955 geworden ist, der Kläger aber eines Nutzungsrechts darbt und diesen Mangel kennt.

Fünfter Titel. Miteigentum.

§ 1009. *Regelsberger, JheringsJ. **58** 157. Die Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit ist nach dem heutigen Rechte zulässig, sofern nur ein Bedürfnis dafür vorliegt.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. 1. BayObLG., SeuffBl. **10** 250, BayObLG. **10** 601, BayRpflZ. **10** 81, DJZ. **10** 972, OLG. **20** 405. Wird ein Grundstück nach § 1012 BGB. mit einem Erbbaurechte belastet, so kann das Bauwerk die gesamte Fläche des Grundstücks einnehmen. Es ist dies aber nicht notwendig, die tatsächliche Benutzung des Grundstücks durch Über- oder Unterbauen kann sich auf einen Teil der Grundstücksfläche beschränken; gleichwohl ergreift die rechtliche Belastung das Grundstück in seiner ganzen Ausdehnung. Anders liegt der Fall, wenn nur ein Teil des Grundstücks mit dem Erbbaurechte belastet wird, während die übrige Fläche von der Belastung frei bleibt. Der Grundstücksteil, für den hiernach eine Sonderbelastung eintritt, ist genau zu bezeichnen; er ist nach § 6 GBO. von dem Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen. Hierzu ist die Vorlage eines die Abtrennung der Teilfläche ersichtlich machenden Auszugs aus dem Messungsverzeichnisse samt Planbeilage erforderlich (vgl. KG. v. 30. 5. 07, KGJ. **35** A 258, OLG. **14** 87).

2. Salomon, Die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts. Das Bauwerk als solches kann Realsicherheit nicht gewähren, da es, was die Verpfändung anbetrifft, nicht unter dem Immobiliarrechte steht (12). Ebensowenig kann das Erbbaurecht dem Kredite dienstbar gemacht werden (41). Zwar gehen bei der Zwangsversteigerung auf den Erwerber die an dem Bauwerke bestehenden erbbaurechtlichen Befugnisse über, aber das Bauwerk selbst verbleibt dem Eigentümer, dem früheren Erbbauberechtigten. . . . (32) Der Versuch, die Bauwerke als Bestandteile — wesentliche oder nicht wesentliche — des Erbbaurechts für die Erbbaurechtshypotheken in Anspruch zu nehmen, muß als gescheitert gelten. . . . (35) und auch der Versuch, den Zubehörbegriff zu verwerten, um die Haftung für die Erbbaurechtshypotheken auf die Bauwerke ausdehnen zu können, ist nicht gelungen. . . . (41) Der Erbbauberechtigte hat zwar das Recht, das Bauwerk stehen zu lassen, andererseits aber das Recht, das Bauwerk abzureißen und die Materialien für sich zu verwenden, ohne daß dagegen ein Recht geltend gemacht werden könnte. Und wenn man das Bauwerk zu den beweglichen Sachen rechnet, muß man auch konsequent die Ansicht vertreten, daß es der Mobiliarzwangsvollstreckung unterworfen ist, so daß jederzeit während der Dauer des Erbbaurechts die Gefahr besteht, daß der Wert, den die erbbaurechtliche Benutzung des Bauwerkes bietet, den Erbbaurechtshypothekengläubigern verloren geht. Da also das Bauwerk selbst den Hypotheken nicht haftet, kommt als Wert, der belastet werden kann, nur das

Recht selbst in Betracht. Dieser Wert ist aber zu gering, als daß die für die Errichtung des Bauwerkes erforderlichen Summen aufgenommen werden könnten.

3. KG., KGJ. **39** B 81. Die auf dem Erbbaugrundstücke von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerke sind, wenn sie mit dem Erbbaurechte fest verbunden sind, wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts. Näheres vgl. o. Ziff. 3 zu § 94.

4. Ermann, DJZ. **10** 562. Hypothek und Auflassungsvormerkung bei Wiederkauf und Erbbaurecht.

5. Winter, R. **10** 840. Grundbuchliche Behandlung von Abdeckereigerechtigkeiten.

6. BraunschwZ. **10** 42. Kruggerechtigkeiten im Herzogtume Braunschweig.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Inhalt der Grunddienstbarkeit. 1. Privatrechtliches Interesse. **RG. 73** 197. Wenn die Stadtgemeinde behufs der im öffentlichen Interesse gebotenen Ableitung der Abwässer der einzelnen Grundstücke einen hierzu mitbestimmten Kanal in den Straßen herstellt und den angrenzenden Grundbesitzern diesem Zwecke gemäß die Einführung von Seitenkanälen in den Straßenkanal und deren Benutzung zur Abwässerung ihrer Grundstücke gestattet, so bewegen sich die Stadt wie die Grundbesitzer hierbei lediglich auf dem Gebiet öffentlicher Interessen und öffentlich-rechtlicher Verhältnisse. Es würde diesen öffentlich-rechtlichen Verhältnissen völlig wesensfremd sein, wenn man an sie privatrechtliche Gesichtspunkte heranbringen und das durch den Kanalanschluß begründete Verhältnis zwischen der Stadt und den Grundbesitzern in irgendein privatrechtliches Schema, sei es der Grunddienstbarkeit oder eines schuldrechtlichen Verhältnisses, zwängen wollte.

2. Benutzen eines Grundstücks. a) KG., NaumburgAK. **10** 67. Unter „Benutzen eines Grundstücks" gemäß § 1018 BGB. ist ein fortgesetztes oder doch mehr oder weniger häufiges, regelmäßig wiederkehrendes Gebrauchmachen von dem Grundstücke zu bestimmten Zwecken zu verstehen (KGJ. **26** A 275, **RG. 60** 317). b) KG. 18. 10. 09, KGJ. **39** A 215. Das Recht, auf einem Grundstück ein Bauwerk zu haben, kann nur dann den Gegenstand einer Grunddienstbarkeit bilden, wenn die dem Berechtigten gestattete bauliche Ausnutzung des Grundstücks nicht derart umfassend ist, daß sie jede andere Benutzung des Grundstücks ausschließt. Das Recht, ein Grundstück zum Bau einer Kirche zu benutzen, kann hiernach nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein.

3. Grunddienstbarkeit an einem Teile des Grundstücks. KG., OLG. **21** 42. Ob eine Dienstbarkeit, besonders ein Wegerecht, für dessen Zwecke nur der Teil eines Grundstücks tatsächlich beansprucht wird, nur der Ausübung nach oder auch an sich auf den Grundstücksteil beschränkt ist, wird von praktischer Bedeutung, wenn das Recht bei einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks durch den Zuschlag erlischt und an seine Stelle gemäß § 92 ZVG. der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Erlöse tritt. Für das Recht, das auf dem ganzen Grundstücke lastet, steht dann der gesamte, nach Befriedigung der vorhergehenden Rechte verbleibende Erlös zur Verfügung, während auf das nur einen Grundstücksteil belastende Recht nur ein verhältnismäßiger Teil des Erlöses fällt. Diese Folge läßt die Annahme, daß ein der Ausübung nach auf den Teil eines Grundstücks beschränktes Wegerecht auch an sich lediglich diesen Teil beschwert, nur in dem Falle zu, daß eine solche Parteiabsicht aus dem Begründungsakte klar erhellt.

4. Bestimmbarkeit des Inhalts. KG., BreslauAK. **09** 71. Das KG. hat in einem Beschlusse v. 15. März 1906 für die Eintragung von Grunddienstbarkeiten ausgesprochen, daß unter Umständen eine vollständige Angabe aller einzelnen Handlungen, die verboten sein sollten, sich nicht ermöglichen lasse und daher genüge, wenn die Merkmale angegeben würden, nach denen im einzelnen Falle das, was verboten ist, bestimmt werden kann, daß also nicht eine absolute Bestimmtheit, sondern nur eine objektive Bestimmbarkeit erforderlich sei.... Dieser Grundsatz bedeutet nur, daß insoweit, als eine Bestimmtheit sich nicht erreichen läßt, die Bestimmbarkeit genügt.

II. Entstehung der Grunddienstbarkeit. 1. HansGZ. **10** Beibl. 230 (Hamburg). Die Auferlegung einer Baubeschränkung zwecks Erhaltung der Aussicht bei Parzellierung von Grundstücken nach 1900 kann ohne Wahrung der Formen des § 873 BGB. eine dingliche Belastung nicht bewirken.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 225/8. Alle beschränkten Dienstbarkeiten, insbesondere die Verbotsdienstbarkeit, entstehen durch Verdoppelung von Befugnissen des Grundeigentums.

III. Einzelne Fälle. 1. BayObLG., SeuffBl. **10** 113, BayObLG. **10** 439. Der Verzicht des Eigentümers eines Grundstücks auf Entschädigung für eine durch den Eisenbahnbetrieb verursachte Beschädigung nach PrALR. I. 22 § 11 kann Gegenstand einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB. sein.... Der Anspruch auf Schadensersatz, der ein Verschulden des Unternehmers nicht voraussetzte, war ebenso wie das Verbietungsrecht, an dessen Stelle er getreten war, ein Ausfluß des Eigentumsrechts. Wie eine Beschränkung des Eigentümers in der Ausübung seines Verbietungsrechts gegen schädigende Einwirkungen eines Betriebs, dem gegenüber nur die gewöhnliche Duldungspflicht bestand, nach PrALR. I. 22 § 11 den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden konnte, so konnte auch durch eine Dienstbarkeit seine Duldungspflicht gegenüber den schädigenden Einwirkungen des Eisenbahnbetriebs dahin erweitert werden, daß er sich diese Einwirkungen ohne Anspruch auf Ersatz des entstehenden Schadens gefallen lassen mußte (aM. KGJ. **21** A 310, **22** A 152, OLG. **3** 291).

2. LG. München, BayNotZ. **11** 220. Bestellung von Dienstbarkeiten für Baubeschränkungen einer Gemeinde.

III. Das Straßenanliegerrecht. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1748. Das sog. Straßenanliegerrecht, wie es durch die Rechtsprechung des RG. ausgebildet worden ist, beschränkt sich auf die Verbindung mit der Straße zu Zwecken des Straßenverkehrs und der Lichtzuführung (**RG. 10** 271, **24** 247, **62** 87). Ein Recht auf Vorbauten ist daraus nicht abzuleiten. Ein solches Recht kann ebensowenig aus dem jedermann zustehenden gemeinen Gebrauche der Straßen entnommen werden.

2. **RG.** R. **10** Nr. 749. Die sog. Anliegerservitut betrifft die Benachteiligung des Verkehrs zwischen Haus und Straße und die Schmälerung von Licht und Luft, also nur Beschränkungen des Gemeingebrauchs, für den die öffentliche Straße bestimmt ist. Dazu gehört aber nicht die Benutzung des Wegekörpers zu Entwässerungsanlagen für die anliegenden Grundstücke. Die Servitut berechtigt den anliegenden Grundstückseigentümer nicht, vom Eigentümer des Wegekörpers die Duldung solcher Anlagen zu verlangen. Ein solches Recht muß besonders begründet worden sein.

§ 1019. 1. **RG.** R. **10** Nr. 520. Bei einer Wegegerechtigkeit ist der Eigentümer des pflichtigen Grundstücks für gewöhnlich berechtigt, am Ende des Weges ein als Einfahrt für den Berechtigten dienendes Tor anzulegen (StriethA. **46** 243, **51** 131; R. **02** Nr. 2005). Wie im einzelnen die Verhältnisse zu regeln sind — Zahl der auszuhändigenden Schlüssel —, bestimmt sich nicht lediglich nach der gegenwärtigen Sachlage, sondern auch nach der mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Benutzungsmöglichkeit der Grundstücke.

2. **RG.** WarnE. **3** 163. Das RG. läßt dahingestellt, ob sich aus § 1019 der Satz entnehmen läßt, daß die Grunddienstbarkeit erlischt, wenn der Vorteil, den sie für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bieten soll, dauernd wegfällt (vgl. Prot. bei Mugdan III 732).

§ 1020. **RG.** R. **10** Nr. 2371. Der Servitutberechtigte braucht Erschwerungen, die die Ausübung der Dienstbarkeit hindern — der Eigentümer des mit einer Wegegerechtigkeit belasteten Grundstücks hatte den Weg durch Torpfeiler und Tor gesperrt — nicht zu dulden.

§ 1021. Planck-Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs (2), 102. Ob die Verpflichtung des Eigentümers des berechtigten Grundstücks, die Unterhaltungskosten ganz oder teilweise zu tragen, zur dinglichen Wirksamkeit gegenüber dem berechtigten Grundstück als Last auf diesem eingetragen sein muß, ist strittig (vgl. WürttZ. **07** 78). Diejenigen, welche die Eintragung für überflüssig halten, welche also behaupten, die Verpflichtung des Eigentümers des berechtigten Grundstücks zur Tragung der Unterhaltungskosten sei eine dingliche Last des berechtigten Grundstücks, werden kaum auch dann, wenn die Verpflichtung im Grundbuche dieses Grundstücks nicht eingetragen ist, die notwendigen Konsequenzen aus ihrer Ansicht ziehen. Da nach ihrer Ansicht eine dingliche Belastung besteht, so muß dem Anspruchsberechtigten (Eigentümer des mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks) auch das Recht zustehen, in der Zwangsversteigerung die Unterhaltungskosten zwecks Befriedigung aus dem Grundstücke geltend zu machen Welchen Rang (§ 10 ZVG.) hat aber das Recht? (vgl. § 914 BGB.). Wollte die Rangfrage und damit die Geltendmachung in der Zwangsversteigerung umgangen werden, so könnte äußerstenfalls noch behauptet werden, daß die Grunddienstbarkeit kraft Gesetzes erlösche, wenn die Kosten nicht bezahlt werden, oder daß zum mindesten dem Eigentümer des mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks das Recht zustehe, die Ausübung des Einfahrtsrechts jedem Eigentümer des berechtigten Grundstücks bis zur Bezahlung der Kosten zu verweigern. Dafür aber fehlen die notwendigen Stützen sowohl im Rechtsgeschäft, als im Gesetz und in der Rechtsprechung.

§ 1027. 1. **RG.** R. **10** Nr. 518. Ein Wassernutzungsrecht kann schon durch den Abschluß eines Pachtvertrags zwischen dem Wassereigentümer und einem Dritten zwecks Eisgewinnung gestört werden.

2. OLG. Dresden, SeuffA. **65** 231, R. **10** Nr. 2558. Das LG. hält die Voraussetzungen der auf Verurteilung der Beklagten zu einem Unterlassen gerichteten Leistungsklage nach § 1027 (§ 1004) BGB. für gegeben, weil die Drohung der Beklagten mit der Sperrung des Brunnens einen Zustand geschaffen habe, in welchem der Kläger mit der Verhinderung der Ausübung des von ihm geltend gemachten Rechtes rechnen müsse. Das heißt mit anderen Worten, die Drohung der Beklagten erwecke die Befürchtung der Verwirklichung. Es liegt demnach, da der Kläger selbst erklärt, mehr als diese Befürchtung zur Begründung des Leistungsanspruchs nicht anführen zu können, eine Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, eine Störung des Berechtigten in der Ausübung des Rechtes nicht vor. Zulässig ist also nur eine Feststellungsklage, dafern sonst deren Voraussetzungen gemäß § 256 ZPO. vorhanden sind.

§ 1029. 1. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 49/51. Die Aufrechterhaltung des dem Verbot entsprechenden Zustandes ist Ausübung der Verbotsdienstbarkeit.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 90/3. „Ausübung" bedeutet hier die Aufrechterhaltung der betätigten oder unbetätigten, durch die Dienstbarkeit geschützten Zustandes.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. RheinARV. **10** 73 (Cöln). Der Nießbrauch eines Dritten an einem Grundstücke steht der Anordnung der Zwangsverwaltung über das Grundstück nicht entgegen (vgl. schon OLG. **11** 388 [KG.]).

§ 1039. M. Wolff, Sachenrecht 365. Das Recht des Eigentümers, die Wiederherstellung zu fordern, ist eine facultas alternativa des Gläubigers und wird durch eine an den Nießbraucher gerichtete Willenserklärung ausgeübt. Das Recht des Nießbrauchers, die Wiederherstellung vorzunehmen, ist eine facultas alternativa des Schuldners und wird durch den Realakt der Wiederherstellung ausgeübt. Einen Anspruch gegen den Eigentümer, etwa auf Zustimmung, hat er nicht.

§ 1047. *Salinger, JW. **10** 461 ff. Der Nießbraucher hat ebensowenig wie der Eigentümer selbst die Pflicht, aus den Einkünften zunächst die Hypothekenzinsen der älteren Hypotheken zu begleichen; eine Reihenfolge in der Befriedigung ist nur im Falle der Zwangsverwaltung zu beobachten. Der Nießbraucher braucht die Zinsen der Hypotheken und Grundschulden nur so weit zu begleichen, als die Einkünfte reichen (aM. **RG.** JW. **09** 726). Das folgt schon aus der Entstehungsgeschichte des § 1047. Nur weil nach wirtschaftlicher Üblichkeit der Eigentümer der verpfändeten Sache darauf zu rechnen pflegt, die Mittel zur Verzinsung der Pfandlast aus den Nutzungen seiner Sache zu entnehmen, hat sich das Gesetz dazu verstanden, auch die Pfandlast als den Wert der Sache mindernd anzusehen und demgemäß auch nur den sich nach Abzug der Zinsen ergebenden Reinertrag als Zuwendung an den Nießbraucher zu betrachten. Daraus folgt, daß dem Nießbraucher nur die Einkünfte haben geschmälert werden sollen, und hieraus weiter, daß das Gesetz auch nur an eine Berichtigung der Zinsen aus den Einkünften gedacht hat. Im entgegengesetzten Falle würden auch die Hypothekengläubiger durch die Nießbrauchbestellung einen unberechtigten Vorteil haben, weil sie zu ihrem bisherigen Schuldner (dem Grundstückseigentümer) noch einen zweiten Schuldner (den Nießbraucher) hinzubekämen. Der Nießbraucher ist zwar nicht direkt ihr Schuldner, aber sie können dessen Recht gegen den Nießbraucher pfänden. Zum mindesten wird man es als jedesmaligen Parteiwillen erachten müssen, daß der Nießbraucher über die Einkünfte nicht haftet.

§ 1054. *v. Lippmann, SeuffBl. **10** 125 ff. Der Hauptberechtigte beim Nießbrauche kann (ohne weitere Voraussetzung) auf Unterlassung nicht schon dann klagen, wenn ihm vom Nießbraucher nur eine unerhebliche Verletzung droht.

§ 1059. 1. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 170 ff. Über den Begriff der Übertragung der Rechtsausübung vgl. o. **Vorbemerkung zum Allg. Teil Ziff. 3.**

2. **RG.** 9. 7. 10, JW. **10** 801. Im Wege der Umdeutung des Vertragswillens der Parteien kann in der unzulässigen Abtretung des Nießbrauchsrechts die zulässige Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs gefunden werden.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1068. M. Wolff, Sachenrecht 364. Der Nießbraucher erwirbt alle Ansprüche, die während seiner Nießbrauchszeit fällig werden (auch soweit sie ihm nicht „gebühren"), und alle, die während seiner Nießbrauchszeit erfüllbar werden, diese aber nur, wenn sie während der Nießbrauchszeit erfüllt werden. Die Ansprüche, die er erwirbt, erwirbt er aber schon mit der Entstehung des Nießbrauchs.

§ 1089. *Nölle, Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs durch Miterben (Berlin 1910) s. u. zu § 2033 BGB.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. Die Entsch. des OLG. Darmstadt in IDR. 8 zu § 1090 Ziff. I auch KGJ. **38** A 324.

2. BayObLG. **10** 377 (BayObLG.). Die persönliche Dienstbarkeit, durch welche die für ein Wohnungsrecht bestehende Hypothek in dem Zeitpunkt ersetzt wird, in dem das Grundbuch für angelegt anzusehen ist, besteht nur an dem Grundstück, auf dem sich das ganz oder teilweise zur Wohnung des Berechtigten bestimmte Gebäude befindet, und an den Grundstücken, die mit jenem Grundstücke zu einem einheitlichen Grundstücke verbunden sind.

3. BayObLG., R. **10** Nr. 3511. Zugunsten der Baupolizeibehörde kann eine Dienstbarkeit auf Zurückrücken mit der Bauflucht nicht bestellt werden. Denn einmal ist der erstrebte Vorteil öffentlich-rechtlicher Natur und zur Begründung einer Dienstbarkeit nach den §§ 1090, 1091 BGB. nicht geeignet, und zweitens ist eine berechtigte juristische Person nicht genannt.

§ 1093. I. Wohnungsrecht. LG. Mannheim, BadNotZ. **10** 161. Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nach § 1093 BGB. das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Über den Fall, daß dem Berechtigten nur das Mitbenutzungsrecht zusteht, hat das BGB. keine besondere Bestimmung getroffen. Soll der Eigentümer nicht von der Mitbenutzung eines Teiles der Wohnung ausgeschlossen sein und sind dem Berechtigten auch nicht einmal bestimmte Gebäudeteile zum Zwecke der Wohnung eingeräumt worden, ist vielmehr nur allgemein die Verpflichtung zur Gewährung von Wohnung auferlegt, so kann diese als Reallast (§ 1105 BGB.) auf ein Grundstück gelegt werden.

II. Altenteil. 1. Josef, GruchotsBeitr. **54** 79—105. Mit dem Wohnungsrechte des Altsitzers (§ 1093) ist kraft Gesetzes verknüpft die sich als Reallast darstellende Verpflichtung des Eigentümers, die Wohnung zu erhalten und erforderlichenfalls wiederherzustellen. Ebenso kann mit dem Nießbrauche des Altsitzers an einem Landstück als Reallast die Verpflichtung des Eigentümers zu wiederkehrenden Handlungen (z. B. zu Bestellungsarbeiten) verknüpft sein. Ist dem Altsitzer eisernes Vieh zu leisten, so liegt eine Verpflichtung des Eigentümers zu wiederkehrenden Leistungen vor, indem er das Vieh dem Altsitzer zum Nießbrauche zu übergeben (§ 1032), das übergebene erforderlichenfalls durch neues zu ersetzen, ihm auch Stallung und Futter zu gewähren hat.

2. Josef, GruchotsBeitr. **54** 79—105. Macht der Altsitzer von dem Rechte, das Grundstück zu verlassen, Gebrauch, so wird hierdurch das durch die Bestellung und Eintragung des Altenteils begründete dingliche Rechtsverhältnis (Reallast, persönliche Dienstbarkeit) nicht etwa zugunsten des Altsitzers inhaltlich derart umgewandelt, daß fortan für die ganze Dauer des Rechtsverhältnisses (also für die Lebenszeit des Altsitzers) die Ansprüche des Altsitzers auf Geldersatz für die Wohnung und für die Naturalien treten. So **RG.** 2. 1. 09 (JW. **09** 140). ... Veräußert der Hofbesitzer das Grundstück, so steht der Altsitzer nunmehr einem anderen Verpflichteten gegenüber, d. h. er hat keinen Anspruch auf Weiterzahlung von Geld, kann vielmehr vom neuen Erwerber nur Wohnung und Naturalien, wie es der Inhalt des Grundbuchs ergibt, verlangen. ... Solange aber der schuldhaft handelnde Hofbesitzer Eigentümer bleibt, kann der Altsitzer verlangen, daß die eingetretene Änderung des Inhalts des Rechtes — wonach also für die Besitzzeit des jetzigen Eigentümers die Geldentschädigung an Stelle der Wohnung und der sonstigen Leistungen tritt — nach § 877 im Grundbuch eingetragen werde und der Eigentümer diese Eintragung nach § 19 GBO. bewillige; denn ohne sie wäre der Altsitzer, wenn das Grundstück gegen den jetzigen Eigentümer zwangsversteigert wird, gar nicht in der Lage, die rückständige und die laufende Entschädigung für die Wohnung

in bar (§ 46 ZVG.) geltend zu machen, und durch diese Eintragung wahrt der Altsitzer für diesen seinen Anspruch den Rang vor den später einzutragenden Belastungen.

3. Josef, GruchotsBeitr. **54** 79—105. Der Altenteilsvertrag begründet für den Grundstückserwerber die Verpflichtung, dem Altsitzer eine den übernommenen wiederkehrenden Leistungen entsprechende Reallast und eine den am Grundstück eingeräumten Nutzungs- und Gebrauchsrechten entsprechende persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Ist dies geschehen, so ist der Vertrag hiermit insoweit erfüllt, und es entspringt dann die Verpflichtung zur Gewährung der in dem Vertrag als Altenteil versprochenen Leistungen unmittelbar auf dem Boden der dem Grundstück auferlegten Reallast.

4. Francke, GruchotsBeitr. **54** 551—559. Zum Leibgedingsvertrage des Art. 96 EGBGB.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. Semeka, Das Wartrecht, ABürgR. **35** 121—190 (136). Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht stellen sich als typische Wartrechte dar, und doch läßt das positive Recht die Begründung eines dinglichen Vorkaufsrechts zu, es erkennt jedoch das Wiederkaufsrecht nur als ein obligatorisches an. Der Grund dieser Normierung lag sicher nicht darin, daß diese Rechte ihrer inneren Struktur nach zu verschieden sind. Beim Vorkaufsrechte wird das Grundstück „belastet", also ihm die Dinglichkeit gewährt; hierzu führten gesetzespolitische und wirtschaftliche Rücksichten. Das Wiederkaufsrecht wird aber nur als ein Forderungsrecht behandelt. Wird jedoch ein solches Recht durch eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so wird dadurch dem bedingten obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums dingliche Sicherung gewährt, was auch die Gerichtspraxis schon wiederholt anzuerkennen Gelegenheit hatte. . . . Ein dingliches Vorkaufsrecht hat nur so weit Wirkung, als der Wartrechtsberechtigte sein Recht ausübt. Durch die Abgabe der Vorkaufsausübungserklärung in Verbindung mit dem Verkaufe der Sache von seiten des Verpflichteten an einen Dritten wird die Durchführung dieses Wartrechts stets bedingt. Es erscheint also auf den ersten Blick als ein eigenartig gestaltetes dingliches, bedingtes Recht. Der Begriff des bedingt dinglichen Rechtes reicht aber nicht aus, da in praesenti eigentlich gar kein dingliches Recht vorliegt, sondern nur eine gebuchte Verpflichtung, die sich als wirkliche Belastung nur dann offenbaren wird, wenn nach Eintritt der Vorkaufsberechtigung die Vorkaufsausübungserklärung abgegeben wird.

§ 1098. 1. **RG. 72** 385. Das BGB. behandelt das dingliche Vorkaufsrecht im Sachenrechte, und zwar nach den Dienstbarkeiten und vor den Reallasten, und die II. Kommission hat das unterscheidende Merkmal vom Vorkaufe gerade in der Dinglichkeit des Rechtes gefunden. Allein andererseits hat die II. Kommission in das Gesetz den § 1098 eingefügt, wonach Dritten gegenüber das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung hat zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Es ist zuzugeben, daß — vgl. Immerwahr, Vorkaufsrecht 283 — die II. Kommission die Belastungstheorie nicht hat aufgeben, sondern im Gegenteil an ihr hat festhalten wollen; aber diese Absicht steht angesichts der Vorschrift des § 1098 mit der Wirklichkeit in Widerspruch. Das dingliche Recht, das nur nach Art der Vormerkung einen persönlichen Anspruch sichert, ist im Sinne des BGB. kein eigentlich dingliches Recht.

2. PrOVG., PrVerwBl. **31** 733. Allerdings hat nach § 1098 Abs. 2 BGB. das dingliche im Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums, und nach § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB. ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, in-

soweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Bedeutung dieser Bestimmungen ist aber keineswegs etwa die, daß die trotz des Bestehens des Vorkaufsrechts vom Eigentümer (Verkäufer) zugunsten eines dritten Käufers vorgenommene Verfügung von vornherein nichtig ist. Vielmehr wird die Verfügung erst unwirksam, wenn der Vorkaufsberechtigte seinen Anspruch geltend macht und durchführt, und auch dann vernichtet die Ausübung des Vorkaufsrechts den Eigentumserwerb des Dritten, an den das Grundstück aufgelassen ist, keineswegs von selbst, sondern der Vorkaufsberechtigte hat sich an den Vorkaufsverpflichteten zu halten und von ihm die Auflassung zu verlangen, zu der dann der dritte Erwerber nach § 888 Abs. 1 BGB. die gemäß § 19 GBO. erforderliche Zustimmung zu geben hat. Daß das BGB. davon ausgeht, daß trotz des Bestehens des dinglichen Vorkaufsrechts der dritte Käufer des Grundstücks durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch Eigentümer wird, erhellt insbesondere daraus, daß die §§ 1099 ff. BGB. Bestimmungen für den Fall treffen, daß das Grundstück „in das Eigentum eines Dritten gelangt" und daß dieser dritte Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts „das Eigentum verlieren".

3. Wolff, Sachenrecht, 411. Im Hinblick auf § 1098 Abs. 2 erhebt sich die Frage, wie ein dingliches Vorkaufsrecht sich von einem vorgemerkten persönlichen Verkaufsrecht unterscheidet. Der Unterschied liegt darin: Das dingliche Vorkaufsrecht verpflichtet den Eigentümer, das persönliche den Besteller; bei dem dinglichen steht der Verpflichtete für seine Übereignungs- und Herausgabepflicht nur mit dem Grundstück ein, bei dem persönlichen unbeschränkt. Insbesondere aber: das dingliche Vorkaufsrecht ist ein Sachenrecht, das vorgemerkte, persönliche nicht, so daß z. B. der redliche Zessionar eines nichtigen dinglichen Vorkaufsrechts dieses nach § 892 BGB. erwirbt, der eines vorgemerkten persönlichen dagegen nicht. Ferner gelten die §§ 1100 ff. über die Berichtigung des Kaufpreises nur für das dingliche, nicht für das vorgemerkte persönliche Verkaufsrecht.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. KG., KGJ. **38** A 269. Eine ohne zeitliche Begrenzung bestellte Reallast ist auch dann eine beständige, wenn ihre Ablösbarkeit vereinbart ist.

2. S. auch oben § 1093 Ziff. III 1 bis 3.

§ 1107. BayObLG., BayRpflZ. **10** 368, BayNotZ. **10** 389, SeuffBl. **10** 782. Nach § 1107 finden auf die einzelnen Leistungen aus einer Reallast die für die Zinsen einer Hypothekforderung geltenden Vorschriften „entsprechende" Anwendung, d. i. insoweit die Anwendung nach der Beschaffenheit der Leistungen möglich und nicht durch eine besondere gesetzliche Vorschrift ausgeschlossen ist. So erfolgen die Abtretung und die Pfändung von Leistungen aus einer Reallast auf die gleiche Weise, wie bei Hypothekzinsen. Allein schon § 1108 Abs. 1 BGB. stellt eine Ausnahme auf, da hiernach die persönliche Haftung des Eigentümers des belasteten Grundstücks für die während der Dauer seines Eigentums aus der Reallast fällig werdenden Leistungen die Regel bildet, während der Eigentümer für Hypothekzinsen nur dinglich haftet. . . . Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wäre bei einer Reallast nur denkbar, wenn diese auf die Zahlung einer bestimmten Geldrente geht. Wäre die Aufnahme der Hypothek im § 800 Abs. 1 dahin zu deuten, daß die Bestimmung auch für die Geldrenten aus einer Reallast besteht, so hätte diese keineswegs selbstverständliche Auslegung in den Motiven oder bei den Kommissions- oder Reichstagsverhandlungen Ausdruck gefunden.

§ 1108. BayObLG., R. **10** Nr. 2559. Eine Reallast kann in der Weise begründet werden, daß sich der Pflichtige durch Rückgabe des belasteten Grundstücks befreien kann; dies ist anzunehmen, wenn ihm hinsichtlich der Erhaltung des Grundstücks bestimmte Auflagen gemacht sind.

§ 1109. OLandKultG., PrVerwBl. **31** 681. Nicht nur nach dem BGB. (§ 1109), sondern auch nach den Bestimmungen des ALR. (vgl. I. 11 §§ 78, 79) geht eine Reallastberechtigung, die Bestandteil (Zubehör) eines Grundstücks ist, auf die Erwerber von Teilen des berechtigten Grundstücks nur dann (ganz oder anteilig) über, wenn die Vertragsparteien dies bei der Veräußerung der Teile vereinbart haben.

§ 1111. BayObLG. **10** 613 (BayObLG.). Die Frage, ob ein vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Recht übertragbar ist, bemißt sich nach den Vorschriften des früheren Rechtes. Nach dem gemeinen Rechte sind Ansprüche nicht übertragbar, bei denen nach dem Willen der Parteien die Berechtigung an die Person eines bestimmten Gläubigers geknüpft sein soll. Ein solcher Vertragswille ist in Ansehung von Leibgedingsreichnissen anzunehmen, welche sich die übergebenden Eltern bei der Gutsübergabe an ihre Kinder neben dem Übergabspreise zu dem Zwecke bedingen, um sich für den Rest ihres Lebens den Unterhalt zu sichern.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Aus dem Schrifttume des Berichtsjahrs sind vor allem drei Werke hervorzuheben: Hirsch, der in dem bisher allein erschienenen ersten Teile seines Buches: Die Übertragung der Rechtsausübung Vervielfältigung der Rechte, die Frage der Herleitung der Tochterrechte aus ihren Mutterrechten und insbesondere die Frage der Herleitung des Pfandrechts aus seinen Mutterrechten zum Gegenstand einer geistvollen, tief eindringenden Untersuchung gemacht, sodann Sachs, der in JheringsJ. die Lehre von der Amortisationshypothek im Zusammenhange gründlich erörtert, und Beck, der eine wertvolle Schrift über die Maximaleigentümerhypothek des BGB. veröffentlicht hat. Die Selbstberichte von Hirsch und Beck sind zu den einschlägigen Paragraphen mitgeteilt, ein Auszug aus der Sachsschen Abhandlung ist bei § 1113 (Ziff. IV 1) und § 1163 (Ziff. III 2) aufgenommen. Weiter sind hier zu nennen: Meiser, der zu § 1121 einen Beitrag geliefert hat (§ 1121 Ziff. 1), Müller, der das Recht des Hypothekengläubigers am Miet- und Pachtzinse zum Gegenstand einer Abhandlung gemacht hat (§ 1123 Ziff. 3, § 1124 Ziff. 1, § 1125 Ziff. 1, § 1135 Ziff. 5), Teuffel, von dem eine Erörterung über die Schutzmittel des Hypothekengläubigers im Falle der Besorgnis der Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit herrührt (§ 1134 Ziff. 1) und Müller, der über die Rechtsstellung des Treuhänders geschrieben hat (§ 1189 Ziff. 1). — Die Rechtsprechung ist im Berichtsjahre weniger als sonst an der Erörterung neuer und der Klarstellung alter Fragen beteiligt. Der Hervorhebung bedürfen etwa nur die zu § 1115 (Ziff. II) mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts, in der nachgewiesen ist, daß das Zinsrecht ein Teil des Hypothekenrechts ist, und das Urteil des OLG. Stuttgart, das in eingehender Weise die Frage der Zahlungspflicht des Grundstückseigentümers erörtert (§ 1147 Ziff. 1).

Literatur: Beck, Die Maximaleigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs, eine Studie aus dem Gebiete der Eigentümerhypothek. — Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung Vervielfältigung der Rechte, erster Teil: Allgemeine Lehren. Die Herleitung des Pfandrechts aus seinen Mutterrechten. — Müller, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen. — Müller, Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle der §§ 1187 bis 1189 BGB. — Sachs, Beiträge zur Behandlung der Amortisationshypothek nach Bürgerlichem Gesetzbuch und Zwangsversteigerungsgesetz, JheringsJ. **58** 323—402. — Teuffel, Schutzmittel des Gläubigers, wenn eine Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit zu besorgen ist (nach Reichsrecht).

Erster Titel. Hypothek.

§ 1113. I. Das Wesen der Hypothek. 1. HansGZ. **10** Beibl. 27 (Hamburg). Der dingliche Anspruch des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück ist eine Individualleistung, zu seiner Sicherstellung ist daher nur eine einstweilige Verfügung, nicht aber ein Arrest zulässig. Doch genügt für die einstweilige Verfügung nicht schon die schlechte Vermögenslage des Schuldners und die Möglichkeit, daß Dritte die Mieten pfänden könnten.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 230 f. Grundpfandrecht, Fahrnispfandrecht, Rechtspfandrecht enthalten zwei Hauptbefugnisse: erstens aus dem Pfandgegenstande Geld zu machen, zweitens einen Teil dieses Geldes sich anzueignen. Jedes Pfandrecht vermag sich den verschiedensten Gegenständen anzupassen (Wandlungsfähigkeit).

3. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 335 f. „Aus dem Grundstücke" bedeutet aus dem Erlöse des Grundstücks. Der Hypothekengläubiger veräußert das Grundstück in der Zwangsversteigerung, verwertet seine Nutzungen in der Zwangsverwaltung.

4. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 412 f. Gegen Oberneck's Wertparzellentheorie spricht die folgerichtige Durchführung des Surrogationsgedankens.

5. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 427 f. Das Grundpfandrecht enthält weder eine Realobligation oder einen Geldanspruch, noch einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung, auch nicht eine „dingliche Schuld" (Gierke). Selbsthilfenatur auch des Grundpfandrechts.

II. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. Rudolph, R. **10** 816. Wenn auf Grund eines Gutsüberlassungsvertrags auch für den Erwerber des Gutes eine Hypothek eingetragen wird, so ist diese nichtig.

2. Planck-Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs (2), 123. In einer Entscheidung v. 23. Juli 1902 (RJA. **3** 163, ZBlFG. **3** 374) hat das KG. ausgesprochen, die „Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek stelle sich als ein einseitiges Rechtsgeschäft" dar, zu dessen Wirksamkeit die vorgängige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen sei (§ 1831 BGB.). Die Genehmigung müsse allerdings nicht der unterschriftlichen Vollziehung der Urkunde, in welcher die Eintragungsbewilligung erklärt werde, vorhergehen, es genüge, wenn sie bei der Aushändigung der Eintragungsbewilligung an das Grundbuchamt vorhanden sei. Diese Ansicht des KG., daß die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, ist verfehlt, weil man so einen Partei- und behördlichen Akt, der ein Rechtsgeschäft nur vorbereiten oder vollenden will (je nachdem die Einigung nachfolgt oder vorhergeht), der also nur ein unselbständiger Teil eines Rechtsgeschäfts ist, unrichtiger- und unnatürlicherweise zu einem selbständigen Rechtsgeschäfte macht. Der § 1831 BGB. ist nur auf solche Rechtsgeschäfte anwendbar, die einseitige Rechtsgeschäfte bleiben, also z. B. bei der Erbschaftsausschlagung. Das ist aber beim Hypothekenvertrage nicht der Fall.

3. **RG.** SeuffA. **65** 217. Die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts kann die des abstrakten Rechtsgeschäfts nach sich ziehen (Eigentumsübertragung zur Sicherung eines Bordelldarlehens).

4. BayObLG. **10** 411 (BayObLG.). Ein Rechtsgeschäft, das von dem einen Teile in der dem anderen Teile bekannten Absicht vorgenommen wird, das unsittliche Unternehmen des Bordellbetriebs zu fördern, ist nur nichtig, wenn das Rechtsgeschäft seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten verstößt, wenn also der auf die Ermöglichung oder Förderung des unsittlichen Unternehmens gerichtete Zweck zu einem Bestandteile des Geschäftsinhalts gemacht wird. Der Kauf eines Hauses

ist nicht deswegen nichtig, weil der Käufer, wie der Verkäufer weiß, das Haus zum Bordellbetriebe zu benutzen beabsichtigt, er verstößt aber gegen die guten Sitten, wenn das Haus als dem Bordellbetriebe dienendes und als solches bekanntes Gebäude gekauft und die Eigenschaft des Hauses als Betriebsstätte eines Bordells im Sinne der Vertragschließenden wesentliche Eigenschaft der verkauften Sache ist.

5. ZBlFG. **11** 327 (Dresden). Die Eintragung einer Verkehrshypothek für Ansprüche von unbestimmtem Betrag ist unzulässig.... Diese Auffassung steht mit der Entsch. des **RG. 60** 243 ff. nicht in Widerspruch. In dieser Entscheidung wird lediglich die Frage bejaht, ob eine Hypothek, die als Darlehnshypothek und demnach als gewöhnliche (Verkehrs-) Hypothek eingetragen ist, für das innere Verhältnis der Beteiligten zueinander die Funktion einer Höchstbetragshypothek versehen könne. Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch darum, ob eine Hypothek, die zur Sicherung ungewisser Ansprüche dienen soll, mit diesem Inhalt als Verkehrshypothek eingetragen werden kann.

III. Die Hypothekenforderung. Josef, GruchotsBeitr. **54** 79 ff. Verspricht der Grundstückserwerber, die Beerdigung des Veräußerers zu besorgen oder statt dessen dem Erben des Veräußerers einen Geldbetrag zu bezahlen, so kann diese Verpflichtung, da sie nicht in erster Reihe auf Geld geht und auch nicht wiederkehrende Handlungen zum Gegenstande hat, nicht als Hypothek oder Reallast eingetragen werden. Auch von der persönlichen Verpflichtung wird der Erwerber durch die Weiterveräußerung des Grundstücks frei, da er die Beerdigungspflicht nur als eine zu verdinglichende Altenteilsleistung übernommen hat. Der wirtschaftliche Zweck und die Eintragbarkeit der Abmachung wird erreicht, wenn die Eintragung einer Hypothek für den Erben des Veräußerers und die Zahlungsmaßgabe vereinbart wird, daß der Erwerber durch die Besorgung des Begräbnisses von der Zahlungspflicht befreit wird.

IV. Die Amortisationshypothek. 1. Sachs, IheringsJ. **58** 323 bis 402. (325) Die Amortisationshypothek kommt für den einzelnen Kapitalisten zur Anlage seines Vermögens kaum in Betracht; sie bleibt fast ausschließlich solchen Instituten vorbehalten, die dank ihrer bankmäßigen Organisation jederzeit in der Lage sind, die rückfließenden Beträge, und seien sie noch so gering, nutzbringend zu verwenden. Solche Institute sind in Deutschland die land- und ritterschaftlichen sowie alle auf Gegenseitigkeit gegründeten Realkreditanstalten einerseits und die Hypothekenbanken, Versicherungsgesellschaften, Sparkassen andererseits. Beide Arten von Kreditinstituten gewähren Amortisationsdarlehen in weitem Maße, doch besteht zwischen beiden ein fundamentaler Unterschied. Während bei den Amortisationsdarlehen der Hypothekenbanken jede Ratenzahlung unmittelbar das Darlehen in Höhe des in ihr enthaltenen Amortisationsbeitrags tilgt, die Forderung der Bank also um diesen Betrag mindert, behandeln die Landschaften und die diesen gleichstehenden Institute die einzelnen Leistungen in der Regel nicht unmittelbar als Teilzahlungen auf das Kapital, sondern sie sammeln die sämtlichen Teilleistungen des Schuldners in einen besonderen Fonds, den Tilgungsfonds, auf, auf den dem Schuldner ein Forderungsrecht gegen das Institut zusteht, und erst, wenn das Guthaben des Schuldners die Höhe des hingegebenen Darlehens erreicht hat, rechnet das Institut seine Forderung gegen den Schuldner auf Rückzahlung des Kapitals gegen die Forderung des Schuldners auf sein Tilgungsguthaben auf, so daß hierdurch beide Forderungen erlöschen. Beide Arten von Amortisationsdarlehen sind in ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen durchaus voneinander verschieden.... (330) Die Amortisationshypotheken sind, soweit städtischer Grundbesitz in Frage kommt, unbeliebt geworden.... Die allmähliche Rückzahlung eines geliehenen Kapitals kann auf mehrfache Weise erfolgen. Entweder der Schuldner zahlt in bestimmten Zeiträumen eine ziffernmäßig bestimmte feste Summe und verzinst nur den jeweiligen

Restbetrag des Kapitals, oder der Schuldner zahlt eine feste Jahresleistung, von der alles den Betrag der Zinsen Überschießende zur Tilgung des Kapitals verwandt wird. ... (338) Die in Frage kommenden gesetzlichen Vorschriften, d. h. § 197 BGB. und § 10 Nr. 4 ZVG., treffen lediglich die Amortisationsschuld. Es ergibt sich also für die Abzahlungsschuld das Resultat, daß sie nach den allgemeinen Regeln zu behandeln ist. Bei ihr ist es zweifellos, daß jede Rate eine Leistung auf das Kapital, also eine Hauptleistung darstellt. Für die für eine solche Schuld bestellte Hypothek ergibt sich daher, daß die Teilzahlungen nicht ihrem Geldbetrage nach in das Grundbuch einzutragen sind, und daß mit jeder Zahlung die Hypothek in entsprechender Höhe auf den Eigentümer übergeht. Überhaupt weist sie rechtlich keinerlei Besonderheiten auf. ... (349) Aus Gesetz und Begründung geht deutlich der Standpunkt des Gesetzgebers hervor, daß die durch Amortisationsbeiträge getilgten Hypothekenteile zu Eigentümerhypotheken werden, daß sie also nicht als Nebenleistungen, sondern ihrem inneren Wesen entsprechend als Hauptleistungen behandelt werden sollen. ... (349) Die Amortisationsbeiträge sind nicht schlechthin „wiederkehrende Leistungen" im Sinne des BGB. ... (354) Die Gleichstellung der Amortisationsbeiträge mit den Zinsen im § 197 BGB. hat nur sehr beschränkte Wirksamkeit, sie beeinflußt nur das obligatorische Rechtsverhältnis, und die Bestimmungen der §§ 223, 902 BGB., die die Anwendung der dort für die Regel gegebenen Vorschriften für die wiederkehrenden Leistungen ausschließen, beziehen sich nicht auf Amortisationsbeiträge. ... (355) Von der Amortisation braucht im Grundbuche selbst nichts gesagt zu sein. Denn die Abrede der Amortisation ist weiter nichts als die Festsetzung, in welcher Weise das Kapital zurückgezahlt werden solle, also eine Rückzahlungsbedingung, wegen der auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann. ... (358) Die Übertragung der Forderung auf Rückstände richtet sich nach § 1154 BGB., nicht nach § 1159 BGB. ... (362) Die Abrede der Amortisation stellt lediglich eine besondere Art der Rückzahlung dar. Die notwendige Folge hiervon ist, daß bei ihr das Vertrauensprinzip genau ebenso eingreift, wie bei jeder Verkehrshypothek, und daß der gutgläubige Zessionar, dem ein böswilliger Gläubiger eine Amortisationshypothek in höherem Umfang, als sie derzeit noch besteht, abtritt, die Hypothek in jener Höhe erwirbt, bis zu dem Betrage, den das Grundbuch angibt. Dieses für den Eigentümer so ungünstige Resultat kann nur vermieden werden, wenn er nach jeder Zahlung die zur Berichtigung des Grundbuchs bzw. zur Eintragung eines Widerspruchs erforderlichen Schritte tut. ... (363). S. ferner unter § 1163 Ziff. III 2.

2. LG. Colmar, ElsLothNotZ. **10** 253. Bei Amortisationshypotheken erscheint es wegen der Entstehung der Eigentümerhypothek zweckmäßig, im Grundbucheintrage sie als solche zu bezeichnen. Dazu bedarf es einer hierauf gerichteten besonderen Eintragungsbewilligung oder eines Antrags nicht, wenn die Rückzahlungsbedingungen im Darlehns- und Hypothekbestellungsvertrag enthalten sind.

V. Fragen der Praxis. 1. Gundlach, JW. **10** 457. Vorsicht im Hypothekenverkehre!

2. Wäntig, JW. **10** 1028. Sicherungsmaßregeln im Hypothekenverkehre.

3. Fischer, BayNotZ. **10** 420. Vorsichtsmaßregeln bei Löschung von Vorhypotheken.

4. Salinger, JW. **10** 459. Die Sicherung des Baugeldgebers durch Hypothek und Nießbrauch.

VI. Einzelheiten. 1. Hellmann, R. **10** 263. Gläubigeranfechtung der ersten Hypothek durch den dritten Hypothekgläubiger.

2. Meyer, BayRpflZ. **10** 250. Hypothekbegründung nach Art. 58 des bayerischen Übergangsgesetzes.

3. Huth, ZBlFG. **10** 526. Künftige Hypotheken sind nicht pfändbar.

§ 1114. OLG. 21 38 (KG.). Der gegen die rechtliche Möglichkeit der Belastung eines Anteils an einem zur ungeteilten Erbengemeinschaft gehörigen Grundstück aus § 1114 BGB. hergeleitete Grund gilt auch bei Erbfällen vor 1900, da auch dem Miterben alten Rechtes an dem Nachlaßgrundstücke kein bruchteilsmäßiger Anteil zusteht.

§ 1115. I. Der Gläubiger. 1. OLG. Hamburg, HansGZ. **10** Beibl. 108, OLG. **20** 416, R. **10** Nr. 84. Nach § 1115 BGB. muß der Gläubiger im Grundbuch angegeben werden. Wie auch das OLG. schon entschieden hat (Beschluß v. 6. Januar 1908, JDR. **7** § 115 Ziff. I 1 a), ist nicht vorgeschrieben, daß stets bestimmte Personen als Gläubiger genannt werden. Es kann unter Umständen genügen, wenn eingetragen wird, daß die Hypothek zu einer bestimmten Vermögensmasse gehört. Die Person des Gläubigers ist dann bestimmbar. So ist es in dem Beschlusse des OLG. v. 9. 7. 02 für zulässig erklärt worden, eine Hypothek jemandem als Pfleger eines Nachlasses zuzuschreiben. Der Pfleger war auf Grund des § 1961 BGB. bestellt worden. Die Hypothek gehört dann dem Erben. Es ist nur noch nicht bekannt, wer Erbe sein wird. Würde eine Hypothek jemandem als Testamentsvollstrecker eines Verstorbenen zugeschrieben, so würde damit nicht gesagt werden, zu welcher Vermögensmasse sie gehöre. Der Gläubiger wäre daher auch nicht bestimmbar. Unterliegt eine Hypothek der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers, so kann sie einen Teil des ungeteilten Nachlasses bilden, also sämtlichen Erben gehören. Sie kann ebenso aber auch zu dem Anteile gehören, den ein Miterbe bei der Auseinandersetzung erhalten hat. Sie kann endlich — im Falle des § 2223 BGB. — auch einem Vermächtnisnehmer gehören. Die Zuschreibung auf Namen jemandes „als Testamentsvollstrecker" würde nicht ergeben, welcher Fall vorläge.

2. Firma des Einzelkaufmanns. a) KG., KGJ. **38** A 229. Die Grundbucheintragung eines Rechtes auf die Firma eines Einzelkaufmanns ist nach preußischem Rechte zwar ordnungswidrig. Sie ist aber wirksam, wenn durch sie der Berechtigte so bestimmt bezeichnet ist, daß über seine Person kein Zweifel besteht. b) KG., SchlHolstAnz. **10** 309. Eine Eintragung für die Firma eines Einzelkaufmanns ist zwar nach § 4 AVf. zur Ausführung der GBO. v. 20. November 1899 (JMBl. 349) ordnungswidrig, aber trotzdem unter der Voraussetzung wirksam, daß der Berechtigte durch sie in einer über seine Person keinen Zweifel lassenden Weise bestimmt ist. c) Schloßstein, DJZ. **10** 1348. Mit dem **RG.** RJA. **10** 144 (JDR. **8** zu § 1115 Ziff. II 1) ist die Zulässigkeit der Eintragung eines Rechtes auf die Firma eines Einzelkaufmanns zu bejahen.

3. KG., KGJ. **39** A 223, NaumburgAK. **10** 59. Die Art, wie bei der Eintragung einer Hypothek oder bei der Eintragung eines neuen Gläubigers der Gläubiger zu bezeichnen ist, bestimmt sich nach den darüber von der Landesjustizverwaltung getroffenen Anordnungen. Die preuß. Allgemeine Verfügung stellt für die Bezeichnung bestimmte Mindesterfordernisse auf, von denen das Grundbuchamt, z. B. hinsichtlich der den Beteiligten möglichen Angabe des Vornamens des Gläubigers, auch dann nicht abgehen darf, wenn es sie im Einzelfalle zur Feststellung der Identität nicht für erforderlich erachtet.

4. KGJ. 38 A 271 (KG.). Die Bestimmung in der Bewilligung der Eintragung einer Hypothek, daß diese mit dem Tode der Gläubigerin auf eine andere Person übergehen soll, ist wegen Unklarheit des einzutragenden Rechtsverhältnisses nicht eintragungsfähig.

5. R. **10** Nr. 2063 (BayObLG.). Existiert die im Eintragungsantrag als Gläubigerin bezeichnete „Bezirkssparkasse" nicht, so kann auch nicht an deren Stelle die betreffende Distriktssparkasse oder die beteiligte Gemeinde eingetragen werden.

6. Die Entsch. des **RG.** JDR. 8 § 1115 Ziff. II 1 auch **RG. 72** 38.

II. Der Zinssatz. **RG. 72** 362, RJA. **10** 219. Das mit einer Hypothek verbundene Zinsrecht ist ein Teil des Hypothekenrechts. Dies ist vom RG. bereits für das frühere preußische Recht (vgl. **RG. 39** 210) anerkannt worden, und auch nach dem jetzt geltenden Rechte kann ein begründeter Zweifel darüber nicht bestehen. Die Zinsen sind Nebenleistungen der Hypothekenforderung, die an allen Rechten dieser teilnehmen und die hypothekarische Belastung des Grundstücks erhöhen. Damit die Erhöhung und demgemäß der Umfang der Belastung aus dem Grundbuch ersichtlich ist, schreibt § 1115 BGB. vor, daß die Verzinslichkeit und der Zinssatz in den Eintragungsvermerk aufzunehmen sind (Mot. III 642). Nach § 1119 BGB. ferner wird die Hypothek erweitert, wenn die Verzinslichkeit eingeführt oder der Zinssatz erhöht wird. § 1145 BGB., der die Behandlung des Hypothekenbriefs im Falle einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer betrifft, geht davon aus, daß Tilgung von Zinsen teilweise Befriedigung des Hypothekenrechts sei, und gibt nur eine Sonderbestimmung hinsichtlich gewisser Zinsen und anderer Nebenleistungen. Aus den §§ 1154, 1158, 1159 BGB. sodann folgt, daß Hypothekenzinsen, soweit nicht für sie in den §§ 1158, 1159 besondere Vorschriften gegeben sind, in der nämlichen Form wie das Hypothekenkapital übertragen werden. Weiter wird im § 1178 BGB., der eine Ausnahme von den Grundsätzen über die Entstehung von Eigentümerhypotheken enthält, „die Hypothek für die Rückstände von Zinsen" behandelt; diese Hypothek soll erlöschen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

III. Nebenleistungen. OLG. **20** 408 (KG.). Die Eintragungsbewilligung muß auch als Betrag der Nebenforderungen eine bestimmte Geldsumme angeben. Diesem Erfordernis ist aber genügt, wenn die Faktoren angegeben sind, aus denen sich eine bestimmte Summe als Betrag der Nebenforderungen berechnen läßt. Dies ist der Fall, wenn die Nebenleistung in Prozenten des Kapitals oder einer sonstigen bestimmten Summe ausgedrückt und die Dauer der Leistung angegeben ist.... Ist zur Zeit noch unbestimmt, ob und in welcher Höhe Verzugszinsen zu zahlen sein werden, weil nicht feststeht, ob und in welchen Halbjahren die fällige Rate nicht oder unpünktlich bezahlt wird, so ist diese Unbestimmtheit nichts weiter als eine Bedingtheit der Nebenforderungen.

§ 1116. 1. BayObLG., SeuffBl. **10** 115, BayNotZ. **10** 40, BayObLG. **10** 458. Ist in einer im rechtsrheinischen Bayern von einem Notar vor Anlegung des Grundbuchs aufgenommenenen Urkunde eine noch nicht eingetragene Hypothek bestellt worden, ohne daß die Beteiligten die Ausschließung des Briefes vereinbart haben, so kann der beurkundende, von den Beteiligten zur Antragstellung ermächtigte Notar nach der Anlegung des Grundbuchs nicht wirksam beantragen, daß die Hypothek als Hypothek ohne Brief eingetragen werde.

2. Planck, WürttZ. **10** 225. Kurze Einträge im Grundbuche.

§ 1117. 1. **RG. 73** 415, JW. **10** 707. Selbst im Falle einer in die Zukunft wirkenden Vereinbarung erfordert der VII. Zivils. für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang hinsichtlich eines Hypothekenbriefs eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Übertragungswillen erkennbar macht (s. insbesondere Gruchots Beitr. **53** 1049). Noch weniger ist eine solche erkennbare Handlung (Willensäußerung) dann zu entbehren, wenn das Besitzkonstitut selbst durch einen Vertrag, den der Bevollmächtigte oder Beauftragte mit sich in fremdem Namen schließt, zustande kommen soll (vgl. **RG. 52** 130, **63** 16 und 405).

2. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 129 ff. Entgegen der vom Reichsgericht aufgestellten Ansicht kann die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 auch zugunsten eines Dritten geschlossen werden.

§ 1118. **RG.** 72 332, SchlHolstAnz. **10** 95, WarnE. **3** 61, DJZ. **10** 425, R. **10** Nr. 524. Die vom Hypothekengläubiger gemäß § 1134 Abs. 2 BGB. ergriffenen Sicherungsmaßregeln zielen nicht unmittelbar auf Befriedigung aus dem Grundstück ab und die dadurch entstehenden Kosten dürfen wenigstens dann, wenn jene Maßregeln für sich allein angewendet werden, nicht zu den Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung im Sinne des § 1118 BGB. gerechnet werden.

§ 1119. LG. Mainz, HessRspr. **11** 29. Die Abänderung der Zahlungstermine bringt keine neue Belastung mit sich, die Haftung des Grundstücks wird nicht gesteigert, somit ist von einer Verfügung des Ehemanns i. S. des § 1445 BGB. keine Rede (Güthe § 34 Anm. 20; Schröder, GBEntsch. VI 97 zu §§ 1443—1446 Nr. 2).

§ 1120. 1. OLG. **20** 413 (Naumburg). In dauernder Rechtsprechung (**RG.** **65** 23 und 230, **56** 206 und 432) ist angenommen, daß, da die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, Träger der Vermögensrechte der Gesellschaft die Gesellschafter sind. Verfügen die Gesellschafter also über Gesellschaftsvermögen, so verfügen sie über ihr eigenes Vermögen. Das hat auch zu gelten, wenn sie aus diesem Vermögen Mobilien beschaffen und dem ihnen gehörigen Grundstück als Zubehör zuschlagen.

2. OLG. Stuttgart, SeuffBl. **10** 123, WürttJ. **10** 41, R. **10** Nr. 710. Sind es dieselben Personen, denen das Miteigentum an den Grundstücken und das Eigentum zur gesamten Hand an den Zubehörstücken zusteht, so fehlt die Verschiedenheit der Personen.

3. R. **10** Nr. 2821 (Rostock). Wenn der in Vermögensverfall geratene Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks dieses durch Veräußerung und Fortschaffung des darauf befindlichen lebenden und toten Inventars entblößt (sog. kaltes Abbrennen, Ausschlachten), so erstreckt sich der Schadensersatzanspruch der Hypothekengläubiger wegen Minderung des Haftungsobjekts auch auf das zum Verkauf aufgezogene Vieh, dessen Veräußerung nicht innerhalb der Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft erfolgt ist.

4. OLG. Dresden, SächsRpflA. **10** 477, SeuffA. **66** 26. Der Hypothek unterliegen nur diejenigen Zubehörstücke, die zur Zeit der Hypothekeneintragung noch dem Grundstückseigentümer gehören, und diejenigen, welche er später hinzuerwirbt.

5. OLG. Dresden, R. **10** Nr. 3513, SächsRpflA. **5** 344. Die Zusicherung des Gläubigers, das Zubehör solle für die Hypothek nicht haften, wirkt nur obligatorisch.

6. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 360/4. Die Anwartschaft des Grundpfandgläubigers an den „Nutzungen" soll die Befriedigung des Pfandgläubigers in der Zwangsverwaltung vorbereiten und sichern.

§ 1121. 1. Meiser, SeuffBl. **10** 555—562. Unter Beschlagnahme im Sinne des § 1121 ist nicht nur die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung zu verstehen, sie ist aber die wichtigste. Unter „Gläubiger" ist der Gläubiger jener Hypothek zu verstehen, deren Erlöschen bezüglich der mithaftenden beweglichen Gegenstände in Frage steht. Die möglichen Permutationen für das zeitliche Aufeinanderfolgen der drei für § 1121 als maßgebend erkannten Tatbestände sind folgende: 1. Veräußerung, Entfernung, Beschlagnahme; 2. Veräußerung, Beschlagnahme, Entfernung; 3. Beschlagnahme, Veräußerung, Entfernung; 4. Beschlagnahme, Entfernung, Veräußerung; 5. Entfernung, Veräußerung, Beschlagnahme; 6. Entfernung, Beschlagnahme, Veräußerung. Hiernach ergeben sich sechs voneinander abweichende Fälle. ... Was die materielle Beendigung der hypothekarischen Haftung anbetrifft, so ergibt sich für den Bestand der hypothekarischen Haftung nach § 1121 folgendes. Fall 1 und 5: Die hypothekarische Haftung ist ohne Rücksicht auf guten Glauben in Ansehung

des Bestandes der Hypothek (entgegen § 936) erloschen (§ 1121 Abs. 1). Fall 2 und 3: Guter Glaube in Ansehung der Beschlagnahme beim Entfernungsakte bringt die Hypothek zum Erlöschen (§ 1121 Abs. 2 Satz 2); lediglich guter Glaube in Ansehung der Hypothek beim Veräußerungsakte nützt nichts (§ 1121 Abs. 2 Satz 1). Fall 4 und 6: Guter Glaube in Ansehung der Beschlagnahme in dem nach § 936 Abs. 2 maßgebenden Zeitpunkte des Veräußerungsgeschäfts führt zum hypothekfreien Erwerbe (§§ 936, 1121). Guter Glaube bezüglich des Bestandes der Hypothek nützt nichts. Was die prozessuale Wirkung der Beschlagnahme anbetrifft, so ist zu unterscheiden. A. Fall 1, 2 und 5. Hier kann die jüngere Beschlagnahme gegen den Veräußerungsakt nicht wirken. Ob die hypothekarische Haftung des Gegenstandes fortbesteht oder nicht, bemißt sich nach den oben gegebenen Grundsätzen. § 20 Abs. 2 ZVG. kommt nicht zur Anwendung, weil der Gegenstand überhaupt schon vor Wirksamwerden der Beschlagnahme veräußert wurde. § 20 Abs. 2 ZVG. muß offenbar, da die wesentliche Wirkung der Beschlagnahme die eines Veräußerungsverbots (§ 23 ZVG.) ist, so ausgelegt werden, daß die Beschlagnahme auch diejenigen Gegenstände umfassen soll, auf die sich bei einem Grundstücke die Hypothek erstreckt, sofern nicht schon vor dem Wirksamwerden der Beschlagnahme die Veräußerung erfolgt ist. Der Gegenstand ist also von der Beschlagnahme nicht ergriffen, die hypothekarische Haftung dauert fort oder erlischt, dieses unbedingt in den Fällen 1 und 5, im Falle 2 nur bei gutem Glauben. B. Fall 3, 4 und 6. Ist der Hypothekgläubiger betreibender oder beigetretener Gläubiger, so ist zunächst festzustellen, ob die Beschlagnahme gegen den Erwerber nach prozessualen Grundsätzen wirkt. a) Bejahendenfalls liegt im Verhältnisse zum Hypothekgläubiger keine gültige Veräußerung vor, es kann also auch, da dieses Tatbestandsmerkmal des § 1121 fehlt, eine Prüfung des Bestandes der hypothekarischen Haftung nach § 1121 gar nicht in Frage kommen, der Gegenstand haftet weiter für die Hypothek nicht wegen Bösgläubigkeit des Erwerbers, sondern weil der Tatbestand des § 1121, der allein zum Fortfalle der Haftung führen könnte (andere Gründe sind ausgeschlossen), überhaupt nicht vorliegt. Der Gegenstand ist also von der Beschlagnahme ergriffen und die hypothekarische Haftung dauert fort. b) Liegt dagegen auch dem Hypothekengläubiger gegenüber eine wirksame Veräußerung vor, ist also die Beschlagnahme dem Erwerber gegenüber aus subjektiven Gründen, wegen guten Glaubens, nicht wirksam, dann ist, da alle Tatbestandsmerkmale des § 1121, insbesondere eine rechtsgültige Veräußerung auch im Verhältnisse zum Hypothekengläubiger, vorliegen, zu prüfen, ob gemäß § 1121 infolge gutgläubigen Erwerbes die Hypothek am Gegenstand erloschen ist. α. Ein Erlöschen muß sich ergeben im Falle 4 und 6, wo die Veräußerung den Schlußakt bildet, da hier eben der beim Veräußerungsakte vorhandene, die prozessuale Beschlagnahmewirkung beseitigende gute Glaube zugleich gegen den materiellen Fortbestand der Hypothek wirkt. Erlischt aber die Hypothek, so stellt sich hiermit nachträglich heraus, daß sich auch der objektive Umfang der Beschlagnahme, deren Wirkung schon aus subjektiven Gründen als ausgeschaltet anzusehen ist, auf den Gegenstand gar nicht erstreckt (§ 20 Abs. 2 ZVG.); dieser ist also weder von der Beschlagnahme ergriffen, noch mit der Hypothek belastet. β. Dagegen kann im Falle 3 sehr wohl guter Glaube beim Veräußerungsakte die prozessuale Beschlagnahmewirkung beseitigt haben, während der nach § 1121 Abs. 2 Satz 2 für den nachfolgenden Entfernungsakt geforderte gute Glaube fehlt. Solchenfalls ist der Gegenstand zwar nicht von der Beschlagnahme ergriffen, aber die Hypothek belastet ihn weiter. § 20 Abs. 2 ZVG. kann hier nicht angewendet werden, weil ihm die Spezialnorm über Aufhebung der Beschlagnahmewirkung infolge guten Glaubens (§ 23 ZVG.) vorgeht. Geschah

jedoch auch die Entfernung gutgläubig, dann ist der Gegenstand weder von der Beschlagnahme ergriffen, noch mit der Hypothek belastet; es gilt das zu B b α Erörterte.

2. BreslauAK. **10** 17 (Breslau). Zubehörstücke werden von der hypothekarischen Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind (§ 1121 BGB.). Eine Erstreckung des Hypothekenrechts auf den Versteigerungserlös ist abzulehnen, da eine gesetzliche Vorschrift, die dies bestimmt, nicht besteht und das BGB. eine das Surrogationsprinzip allgemein aufstellende Vorschrift nicht aufgenommen hat, vielmehr im einzelnen Falle, wie z. B. durch § 1219 Abs. 2, dies besonders anordnet.

3. **RG.** JW. **11** 47. Der Sinn des § 1121 BGB. ist: Hinsichtlich der dort bezeichneten Gegenstände, insbesondere der Zubehörstücke, soll der Grundbesitzer an der Verfügung im Wege der Veräußerung vor der Beschlagnahme nicht behindert sein, und deshalb sollen die Gegenstände von der Haftung frei werden, wenn sie veräußert und wegen der Veräußerung zur dauernden Loslösung von dem Grundstücke fortgeschafft werden.

4. BayObLG., BayRpflZ. **10** 23. Die Auffassung, daß der Eigentümer des Grundstücks nach § 1121 BGB. den Hypothekengläubigern gegenüber zur beliebigen Verfügung über die Bestandteile berechtigt ist, solange eine Beschlagnahme zu ihren Gunsten noch nicht erfolgt ist, ist rechtsirrig. Die angeführte Bestimmung gewährt dem Eigentümer keineswegs ein solches Recht. Die Hypothek erstreckt sich auch auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks, und auch vor der Beschlagnahme hat der Hypothekengläubiger, wie die §§ 1134, 1135 ergeben, einen Anspruch gegen den Eigentümer, wie gegen jeden Dritten auf Unterlassung von Einwirkungen, die eine die Sicherheit der Hypotheken gefährdende Verschlechterung des Grundstücks befürchten lassen. Der § 1121 bestimmt nur, daß Bestandteile usw. von jener Haftung frei werden, wenn sie vor der Beschlagnahme veräußert und vom Grundstück entfernt worden sind. Das betrifft nur die dingliche Seite und berührt die Frage nicht, ob der in der Veräußerung und Entfernung der Bestandteile liegende Eingriff, der nach § 1121 das dingliche Recht des Hypothekengläubigers an den Bestandteilen zum Erlöschen bringt, ein widerrechtlicher und ein schuldhafter ist. Ist dies zu bejahen, so ist § 823 Abs. 1 BGB. anwendbar. Widerrechtlich ist aber auch, wie § 1122 ergibt, ein Eingriff jener Art dann, wenn durch die Entfernung der Bestandteile der wirtschaftliche Bestand des Grundstücks ganz oder teilweise zerstört wird, wenn also die Entfernung den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung zuwiderläuft; dabei ist es völlig unerheblich, daß es sich um ein noch im Bau begriffenes und nicht um ein fertiges Haus oder ein Landgut handelt.

5. **RG. 73** 333. Das Herausreißen von Öfen und Kochmaschinen aus einem Neubau und die Wegschaffung ist eine den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwiderlaufende, die Sicherheit der Hypothek gefährdende Maßnahme, und daher verletzt dadurch der Eigentümer, wiewohl ihm im Interesse seiner Wirtschaftsführung im § 1121 BGB. das Recht verliehen worden ist, bis zur Beschlagnahme einzelne Bestandteile oder Zubehörstücke der Haftung für die Hypotheken zu entziehen, doch, wie sich aus den §§ 1134, 1135 BGB. ergibt, widerrechtlich und schuldhaft das Hypothekenrecht.

6. Schneider, JheringsJ. **58** 175—186. Zur Geschichte und Auslegung des § 1121 Abs. 1 BGB. in Hinsicht auf Zubehörstücke.

7. Vgl. auch u. zu § **152** Ziff. 6 ZVG.

§ 1122. SächsOLG. **31** 482 (Dresden). Verhältnis des § 1122 Abs. 2 BGB. zu dem § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

§ 1123. 1. BadRpr. **10** 101 (Karlsruhe). Nach § 1123 Abs. 1 BGB. sind die Mietzinsen eines Grundstücks in erster Reihe bestimmt zur Deckung der auf dem Grundstücke ruhenden Lasten, insbesondere der Hypothekenzinsen, und unterliegen

dem Pfandrechte der Hypothekengläubiger. Durch die Pfändung der Mietzinsen durch einen Personalgläubiger werden die Rechte der Hypothekengläubiger insofern geschädigt, als in der Regel dem Schuldner die Zahlung der Hypothekenzinsen unmöglich gemacht wird.

2. HansGZ. **10** Beibl. 27 (Hamburg). Zwar wird mit dem **RG.** (**52** 139) davon auszugehen sein, daß, wenn auch die Forderung des Hypothekengläubigers auf eine Geldsumme gerichtet ist, es sich doch bei der dinglichen Klage um eine Individualleistung insofern handelt, als der Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück und aus den damit haftenden Werten gerichtet ist. Es ist aber zu beachten, daß, wenn auch das Pfandrecht des Hypothekengläubigers an der Mietforderung schon vor der Beschlagnahme des Grundstücks besteht, gleichwohl die rechtliche Gestaltung dieses Pfandrechts im Interesse des freien Verkehrs und also auch im Interesse Dritter, welche mit dem Grundstückseigner in geschäftlichen Beziehungen stehen, die Wirksamkeit des Pfandrechts in ganz bestimmter Weise beschränkt. Der Tendenz des Gesetzes würde es widerstreiten, durch einstweilige Verfügung dem Hypothekengläubiger weitergehende Rechte bloß deshalb zu verschaffen, weil ein Zugriff dritter Gläubiger des Hypothekenschuldners zu befürchten oder bereits erfolgt ist.

3. M ü l l e r, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen. Als Zeitpunkt, von dem an die Zinsforderung der Hypothek unterworfen ist, hat der Augenblick zu gelten, in dem die Hypothek an dem Grundstücke bestellt und ein Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen worden ist, auf Grund dessen der Mieter oder Pächter den Besitz des Grundstücks erlangt hat (33). ... Daß die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderung erlischt, wenn der Zins am Fälligkeitstage bezahlt wird, liegt auf der Hand; denn dann besteht überhaupt keine Forderung mehr, auf die sich die Hypothek erstrecken kann. Ebenso endigt das Recht des Gläubigers auf die Zinsforderung zugleich mit seiner Hypothek. Abgesehen hiervon ist jedoch die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderung keine unbeschränkte. Während nämlich das Grundstück und die ihm zugeschriebenen unbeweglichen Bestandteile regelmäßig nur aus der Haftung ausscheiden können, wenn der Hypothekengläubiger hierzu seine Zustimmung erteilt, können die mithaftenden beweglichen Gegenstände sowie die Zinsforderungen auch ohne Zustimmung des Gläubigers von der hypothekarischen Haftung frei werden. Diese Enthaftung erfolgt entweder kraft Zeitablaufs oder infolge einer Verfügung seitens des Grundstückseigentümers (36). ... Bei der Enthaftung infolge Zeitablaufs wird als Normalfall gemäß §§ 551, 584 BGB. vorausgesetzt, daß der Zins am Ende der Miet- oder Pachtzeit oder, wenn er nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist.... Der im Gesetz aufgestellte Normalfall, daß der Zins am Ende der Miet- oder Pachtzeit oder der einzelnen Zinsperioden zu entrichten ist, ist im wirtschaftlichen Leben meist gerade der Ausnahmefall; hier hat der Mieter oder Pächter fast regelmäßig vorzuleisten, d. h. den Zins z u B e g i n n der Miet- oder Pachtzeit bez. der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten (37).

§ 1124. 1. M ü l l e r, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen. Wenn der Eigentümer das Grundstück veräußert, ohne sich die Mietzinsforderungen vorzubehalten, so ist dies keine Verfügung im Sinne des § 1124 BGB., denn in diesem Falle tritt der Erwerber des Grundstücks an Stelle des Eigentümers in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Miet- bez. Pachtverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein (§ 571 BGB.), und erwirbt die Forderung auf die Zinsen nicht infolge einer cessio legis, sondern diese entsteht in seiner eigenen Person auf Grund des Miet- oder Pachtvertrags. Irgendein die Zinsforderung selbst ergreifender und als Verfügung anzusprechender Rechtsakt ist in der Veräußerung des G r u n d st ü c k s nicht zu finden. Diese Erwägungen führen auch zu dem Ergebnisse, daß die Bestellung eines Nießbrauchs an dem

Grundstücke nicht als Verfügung im Sinne des § 1124 anzusehen ist (40).... Das Recht des Dritten an der Zinsforderung kann entweder infolge Bestellung seitens des Eigentümers oder durch einen Akt der Zwangsvollstreckung entstehen; für den ersten Fall kommen hauptsächlich die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts (Verpfändung) in Betracht, für den letzten das Pfändungspfandrecht. Daß unter der Verfügung des § 1124 BGB. sowohl die rechtsgeschäftliche wie die im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkte zu verstehen ist, kann nicht zweifelhaft sein (42).... Erfolgt bei oder nach der Pfändung der Forderung deren Überweisung, so wird im Falle der Überweisung an Zahlungsstatt die Forderung auf den Pfandgläubiger übertragen (§ 835 ZPO.) und scheidet somit aus der Haftung für die Hypothek endgültig aus, während sie im Falle der Überweisung zur Einziehung im Vermögen des Schuldners, d. h. des Eigentümers verbleibt und von einer später erfolgten Beschlagnahme ergriffen wird, wenn sie nicht vorher bezahlt und damit erloschen ist. Wenn über das Grundstück das Zwangsverwaltungsverfahren eingeleitet wird, so muß der Hypothekengläubiger dieses gegen sich gelten lassen, wenn er ihm nicht beitritt; er kann jedoch insoweit, als laufende Beträge wiederkehrender Leistungen zu berichtigen sind, Befriedigung vor dem betreibenden Dritten beanspruchen, § 155 Abs. 2 ZVG. (44).... Für den Mieter oder Pächter kommt als Zeitpunkt der Beschlagnahme die Zeit in Betracht, zu der ihm die Beschlagnahme bekannt wird. Wenn er in Unkenntnis der Beschlagnahme den Zins an den Eigentümer, dessen Zessionar oder Pfandgläubiger über die zulässigen zwei Kalendervierteljahre hinaus im voraus bezahlt, so kann sich der Hypothekengläubiger nicht an ihn, sondern nur an jene halten und sie nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.), die unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.). oder die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB.) haftbar machen, je nachdem, ob sie sich in gutem Glauben befanden oder nicht. Dasselbe muß gelten, wenn der Zessionar oder der Pfandgläubiger des Eigentümers den Zins für die spätere Zeit als die beiden Kalendervierteljahre im voraus eingezogen hat. Da im § 1124 BGB. nur von dem Hypothekengläubiger gesprochen wird, so können diese Vorschriften auf den persönlichen Gläubiger, der eine Beschlagnahme der Zinsen ausgebracht hat, keine Anwendung finden. Wird also der Zins von einem Dritten auch über die im § 1124 Abs. 2 BGB. vorgesehenen Kalendervierteljahre hinaus gepfändet, so ist diese Pfändung dem persönlichen Gläubiger gegenüber auch für diese Zeit wirksam; denn an sich ist ja jede Pfändung und anderweite Verfügung über den Zins wirksam und nur zugunsten des Hypothekengläubigers ist durch die Bestimmung des § 1124 Abs. 2 eine Einschränkung geschaffen, die nicht im Wege der Analogie auf den persönlichen Gläubiger ausgedehnt werden darf, da sie lediglich zur Sicherung des Realkredits aufgestellt ist. Biermann ist der Ansicht, daß diese Vorschriften auch für den Gläubiger, dessen Anspruch durch eine Vormerkung auf Eintragung einer Hypothek gesichert ist, Anwendung zu finden haben, daß also „die durch die Vormerkung begründete Haftung der Forderung nur unter denselben Voraussetzungen aufgehoben wird, unter denen die Forderung von der hypothekarischen Haftung frei werden würde". Er geht hierbei davon aus, daß § 883 Abs. 2 BGB. auch auf Verfügungen über die Miet- und Pachtzinsforderung anzuwenden sei unter Berücksichtigung der durch die §§ 1123 ff. gezogenen Grenzen. Hier kann aber der § 883 Abs. 2 BGB. um deswillen auf die Zinsen nicht ausgedehnt werden, weil eine Verfügung über diese weder eine Verfügung über das Grundstück noch über ein im § 883 Abs. 1 näher bezeichnetes Recht ist. Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Verfügung über den Zins nach § 1124 BGB. bedarf es einer besonderen Anfechtung seitens des Hypothekengläubigers nicht; dieser kann vielmehr ohne weiteres den Zins vom zweiten Kalendervierteljahre nach der Beschlagnahme an für sich beanspruchen und einziehen (45).

2. OLG. **20** 333 (Breslau). Das Vollstreckungsgericht darf die zugunsten der Hypothekengläubiger bestehende Beschränkung des § 1124 nicht von Amts wegen berücksichtigen.

3. R. **10** Nr. 1975 (Frankfurt a. M.). Auch die Forderungspfändung ist eine Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. Besteht die Verfügung in der Übertragung der Mietzinsforderung auf einen Hypothekengläubiger, so wird auch durch die Pfändung eines nachstehenden Hypothekengläubigers die Verfügung nach Maßgabe des Abs. 2 unwirksam.

4. *Salinger, JW. **10** 460. Mag eine Verwirklichung des dinglichen Hypothekenrechts auch nicht gerade durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst zu erfolgen brauchen, sondern auch durch Mobiliarpfändung geschehen können, so wird doch da, wo das Gesetz von „Beschlagnahme" spricht, regelmäßig an eine Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen gedacht werden müssen, weil die Rechtssprache den Begriff der Beschlagnahme gerade für diese Zwangsvollstreckung ausgebildet hat und grundsätzlich die Bezeichnung „Beschlagnahme" nur bei ihr zu gebrauchen pflegt. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß im § 1124 BGB. speziell von einer Beschlagnahme der „Mieten" die Rede ist. Es darf diese bloß als Folge der Grundstücksbeschlagnahme verstanden werden.

§ 1125. Müller, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen, 47. Wenn der Mieter oder Pächter den Zins für eine längere Zeit als für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr vorausbezahlt, so daß also die Zahlung und Einziehung des Zinses wegen dieser Zeit dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist und der Mieter oder Pächter den Zins nochmals bezahlen muß, so kann er gegen die Forderung des Gläubigers aus der Person des Eigentümers Einreden nicht herleiten (§§ 575, 581 Abs. 2 BGB.). Der Mieter oder Pächter ist dagegen wegen in Geld zu veranschlagender Verwendungen auf das Grundstück zur Aufrechnung gegen die Zinsforderung im Umfange des § 1125 BGB. berechtigt, denn sein Anspruch ist eine Geldforderung, mit der er gegen die Zinsforderung — sofern diese auf Geld geht — aufrechnen kann, da beide Forderungen ihrem Gegenstande nach gleichartig sind (§ 387 BGB.). Streitig ist, ob die Vorschrift des § 1125 BGB. auch auf den Fall Anwendung zu finden hat, daß der Mieter oder Pächter wegen Verwendungen den Zins zurückbehält. Geht man hierbei davon aus, daß es sich bei der Erstattung von Verwendungen um eine Geldforderung handelt, so kommt für den Mieter oder Pächter der auf Geldzahlung gerichteten Zinsforderung des Eigentümers gegenüber nicht das Zurückbehaltungsrecht, sondern das Recht zur Aufrechnung in Betracht und der § 1125 hat Anwendung zu finden.

§ 1127. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3005. Die Worte „Forderungen gegen den Versicherer" bedeuten nichts anderes wie „Forderungen aus der Versicherung"; sie bezeichnen lediglich den Rechtsgrund der Forderung. Dieser Rechtsgrund bleibt bestehen, auch wenn die geschuldete Versicherungsentschädigung unter Verzicht auf die Rücknahme hinterlegt und damit infolge des Überganges in das Vermögen des Staates durch eine Forderung gegen diesen ersetzt wird. Auf den so hinterlegten Gegenstand der erloschenen Forderung gehen die auf der Gläubigerseite begründeten Rechte, also auch die Rechte etwaiger Hypothekengläubiger ohne weiteres über. Der von dem Versicherer gemäß §§ 376, 378 BGB. hinterlegte Entschädigungsbetrag haftet somit den Hypothekengläubigern, obwohl der Anspruch gegen den Versicherer durch die Hinterlegung erloschen ist (**RG. 49** 358).

2. PosMSchr. **10** 70 (Königsberg). Der § 1127 setzt voraus, daß eine Forderung des Eigentümers oder Eigenbesitzers gegen den Versicherer besteht und trifft nicht zu, wenn der Eigentümer seine Forderung verwirkt hat (Staudinger Anm. I 4, Turnau-Förster, LiegenschR. Anm. IV, V, Planck Anm. 2 zu § 1127

BGB.). Die abweichende Bestimmung des § 101 G. ü. d. Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908 kann nicht Anwendung finden, wenn der Schadensfall vor Erlassung dieses Gesetzes eingetreten ist. Dagegen kann ein Anspruch des Hypothekengläubigers auf die Versicherungssumme nach den Satzungen der Gesellschaft begründet sein.

3. Zwand, DJZ. **10** 818. Nach § 1127 BGB. erstreckt sich die Hypothek an einem versicherten Gegenstand auch auf die Forderung gegen den Versicherer. Dadurch ist zum Ausdrucke gebracht, daß der Versicherungsvertrag auch als zugunsten des Hypothekengläubigers abgeschlossen gilt (vgl. Mot. III 665 und Prot. III 566/567). Dieser muß zwar auch die Versicherungsbedingungen gegen sich gelten lassen; aber aus der im § 1128 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Anwendung der für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften folgt, daß der Hypothekengläubiger nach §§ 1276 Abs. 2, 1282 BGB. die Versicherungssumme insoweit einziehen kann, als es zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Da Gegenstand der Haftung die Forderung (nicht die Summe) ist, tritt das Erlöschen der Pfandhaftung erst mit der Zahlung ein und für einen Fehlbetrag bleibt die hypothekarische Haftung weiter bestehen. Dem Versicherer gegenüber kann sich der Hypothekengläubiger auf sein dingliches Recht stützen (OLG. **14** 110). Durch „Verzicht" oder sonstiges „Verhalten" des Versicherten kann ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers die fortdauernde dingliche Haftung der Versicherungsforderung nicht aufgehoben werden.

§ 1128. PosMSchr. **10** 8 (Königsberg). Der Versicherer soll nach der gesetzgeberischen Absicht unter allen Umständen mit Wirkung gegen die Hypothekengläubiger zahlen können, wenn er an die aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubiger gemäß § 1128 Anzeigen erstattet hat und seit dem Empfange dieser Anzeige ein Monat ohne Widerspruch der so benachteiligten Gläubiger verstrichen ist. Die spätere Umschreibung einer bei der Erstattung der Anzeigen berücksichtigten Post auf einen anderen Gläubiger kann nicht mehr die Wirkung haben, daß diese Post dem Versicherer von der Eintragung ab ohne weiteres als bekannt gilt und daß er sie bei der Zahlung berücksichtigen muß. Denn sonst müßte der Versicherer auch späterhin und noch unmittelbar vor der Zahlung das Grundbuch einsehen, ohne doch dadurch volle Sicherheit über die Person des Empfangsberechtigten zu erlangen, da zwischen der letzten Einsicht des Grundbuchs und der Zahlung immer noch eine Umschreibnng im Grundbuch erfolgt sein kann. Dagegen muß der Versicherer die Umschreibung dann berücksichtigen, wenn er sie kennt.

§ 1132. 1. **RG.** WarnE. **3** 198, SeuffA. **65** 434, JW. **10** 473, SeuffBl. **11** 125. Aus der Selbständigkeit des Anteils jedes Miteigentümers folgt, daß, wenn auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer eine Hypothek auf das ganze gemeinschaftliche Grundstück eingetragen wird, die Hypothek jeden Anteil selbständig belastet. Allerdings nicht in dem Sinne, daß eine Gesamthypothek an den mehreren Anteilen entstünde; denn die Hypothek ist in einem solchen Falle, wenn auch jeder der Anteile für sich einem Grundstücke gleichzustellen ist, doch nicht gemäß § 1132 BGB. an mehreren Grundstücken bestellt, sondern als Einzelhypothek an dem einen Grundstück. Aber jeder Anteil haftet für die ganze Forderung, und im Falle der Zwangsversteigerung auch nur eines Anteils kann der Gläubiger in voller Höhe der Hypothek Befriedigung aus diesem Anteile verlangen. Demnach steht die Belastung, welche die Eintragung einer Hypothek auf das ganze Grundstück bezüglich des einzelnen Miteigentumsanteils bewirkt, wirtschaftlich im wesentlichen der Belastung gleich, die eintritt, wenn die Hypothek auf den Anteil allein eingetragen wird.

2. KG., KGJ. **39** A 248. Das Wesen einer Gesamthypothek schließt alle Maßnahmen aus, die eine Vervielfältigung des hypothekarischen Rechtes bewirken würden. Daraus folgt, daß der Erwerb eines Rechtes an der Gesamthypothek

sich nicht nach und nach vollziehen kann, daß er vielmehr erst dann und zwar einheitlich bezüglich aller Grundstücke eintritt, wenn die Erwerbsvoraussetzungen für alle Grundstücke geschaffen sind. Bedarf es zur Vollendung des Erwerbes der Eintragung in das Grundbuch, so ist mithin das Recht erst dann begründet, wenn es auf allen Grundstücken eingetragen ist. Die Eintragung nur auf einem der Grundstücke ist nicht geeignet, den Rechtserwerb auch nur hinsichtlich dieses Grundstücks zu bewirken. Diese Grundsätze sind sowohl vom **RG.** (**63** 74) wie vom KG. (KGJ. **33 A** 297) aufgestellt und werden auch in der Rechtslehre allseitig anerkannt.

3. OLG. **20** 413 (KG.). Eine Gesamthypothek ist unzulässig, die auf dem einen Grundstücke Verkehrs- und auf dem anderen Grundstücke Sicherungshypothek ist (KGJ. **22 A** 164, **25 A** 297, **35 A** 312; OLG. **10** 100; **RG.** JW. **09** 164).

4. Die Entsch. des **RG.** JDR. 8 zu § 1132 Nr. I 1 auch SeuffA. **65** 115.

5. *Leo, GruchotsBeitr. **54** 257 ff. Eine Hypothek, die auf einem nach Bruchteilen geteilten Grundstücke ruht, kann nicht als eine auf den Bruchteilen ruhende Gesamthypothek betrachtet werden, es sind auch nicht die Vorschriften über Gesamthypotheken ganz oder teilweise entsprechend anwendbar. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Hypothek am ganzen Grundstück eingetragen worden ist, nachdem bereits Belastungen einzelner Bruchteile begründet waren oder schon vorher. Vielmehr ist als theoretisch richtig nur die auch allein zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führende Regelung zu bezeichnen, daß die Hypothek zu einem entsprechenden Teile ihres Betrags auf jedem der Grundstücksbruchteile ruht.

§ 1134. 1. *Teuffel, Schutzmittel des Gläubigers, wenn eine Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit zu besorgen ist (nach Reichsrecht). Der Unterlassungsanspruch des § 1134 setzt keine Verletzung des Rechtes aus der Hypothek voraus. Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist nicht die Besorgnis neuer schädigender Einwirkungen ➸ aA. insbesondere auch Rosenthal, LeipzZ. **10** 588 ff. ⟵, wohl aber — abgesehen von den Fällen der Unterlassungen des Eigentümers im § 1134 Abs. 2 Satz 2 —, daß eine Verschlechterung des belasteten Grundstücks schon eingetreten ist. Die Vollstreckung der wegen Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsurteil gemäß § 890 Abs. 1 und 2 ZPO. gegen den Grundstückseigentümer oder einen Dritten erkannten Strafe darf nur auf Antrag erfolgen. § 1134 Abs. 2 verleiht nur ein Klagerecht, nicht einen Anspruch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung. Die Klage aus § 1134 Abs. 2 kann auch gegen den als Eigentümer weder eingetragenen noch als solchen erweislichen Eigenbesitzer gerichtet werden. Jedoch kann aus § 1134 Abs. 2 eine Verfügungsbeschränkung zugunsten des Gläubigers gegen den als Eigentümer weder eingetragenen noch nachweisbaren Eigenbesitzer nicht angeordnet werden. Das Urteil, das aus § 1134 Abs. 2 eine Verfügungsbeschränkung oder Grundstücksverwaltung anordnet, ist ein konstitutives. Eine aus § 1134 Abs. 2 gegen den Eigentümer angeordnete Grundstücksverwaltung enthält gleichzeitig eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers. Diese Verwaltung ist als solche unter Umständen ebenso wie eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers eintragungsfähig. Die Anordnung einer Verwaltung gegen den als Eigentümer weder eingetragenen noch nachweisbaren Eigenbesitzer aus § 1134 Abs. 2 ist zulässig, aber nicht eintragungsfähig. Der Gläubiger braucht in der Klage aus § 1134 Abs. 2 keine bestimmten Anordnungen zu beantragen. Die einstweilige Verfügung aus ZPO. § 940 kann konstitutiven Charakter annehmen, nicht dagegen diejenige aus ZPO. § 935. Eine e. V., die eine Verfügungsbeschränkung oder Grundstücksverwaltung anordnet, kann auf Grund des Tatbestandes des § 1134 Abs. 2 nur aus ZPO. § 940 erlassen werden. — Auf eine durch Urteil aus § 1134 Abs. 2 oder durch einstweilige Verfügung angeordnete Grundstücksverwaltung finden die Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes insoweit entsprechende

Anwendung, als sie geeignet sind, die Erhaltung und ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks zu sichern.

2. S. oben bei § 1118.

3. **RG.** R. **10** Nr. 711. Eingriffe in das mit Hypotheken belastete Grundstück verletzen die Hypothekenrechte nur insofern, als dadurch die Sicherheit der Hypothekengläubiger berührt wird.

4. SeuffA. **65** 99 (Rostock). Nach § 1134 (§ 1192) BGB. kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen, wenn der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise einwirkt, daß eine die Sicherheit der Hypothek oder Grundschuld gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu befürchten ist. Diese Vorschrift bezweckt den Schutz des Gläubigers, und wer gegen sie verstößt, ist zum. Schadensersatze nach § 823 Abs. 2 BGB. verpflichtet, sofern er schuldhaft handelt. Ein Verschulden liegt vor, wenn der Täter in Kenntnis oder sicherer Vermutung gefährdeter Hypotheken handelt und wenn er weiß, daß die weggenommenen Gegenstände bisher den Hypothekgläubigern hafteten und deren Sicherheit durch die Entziehung der Sachen aus der Haftung verringert wird.

5. Müller, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen, 63. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die §§ 1133—1135 BGB. auf Verfügungen über den Zins keine Anwendung finden können.

6. Die Entsch. des **RG.** JDR. **8** zu § 1134 Ziff. 2 auch SeuffBl. **10** 109.

§ 1136. 1. **RG. 73** 16. Der § 1136 verbietet nur, daß einem Hypothekengläubiger gegenüber die Verpflichtung übernommen wird, und § 137 Satz 2 BGB. läßt obligatorische Veräußerungsbeschränkungen, folgeweise auch Vertragsstrafen für den Fall der Zuwiderhandlung ausdrücklich zu. Ebenso ist die Sicherung der obligatorischen Verpflichtung zur Entrichtung von Vertragsstrafen durch Eintragung einer Sicherungshypothek nirgends verboten.

2. KGJ. **39** A 159 (KG.). Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer eines Grundstücks dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, liegt nicht schon dann vor, wenn die Vereinbarung mit einer Person getroffen ist, die zugleich Gläubiger ist oder werden soll. Die Verpflichtung muß vielmehr mit besonderer Beziehung auf das Gläubigerrecht dergestalt eingegangen sein, daß das Gläubigerrecht als solches eine über das gesetzlich bestimmte Maß hinausgehende Verstärkung durch die Verpflichtung erhalten soll.

§ 1137. PosMSchr. **10** 10 (Königsberg). Die Maßregeln des Abs. 2 sind nur gegen den Eigentümer zu richten; insbesondere ist es klar, daß wegen Einwirkung Dritter auf das Grundstück nicht gegen diese z. B. auf Einleitung der Zwangsverwaltung geklagt werden kann, da die Verwaltungsbefugnis ein Ausfluß des Eigentums ist (vgl. Grabner, GruchotsBeitr. **53** 671).... Gewährt der § 1134 BGB. hiernach dem Gläubiger nur einen privatrechtlichen Anspruch auf eine einstweilige Regelung eines Zustandes oder auf Sicherheitsleistung eines Individualrechts gegen den Eigentümer (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. § 916 Vorbem. III), so sind hiervon verschieden die allgemeinen Bestimmungen der ZPO. in den §§ 935 ff., die dem Gläubiger einen prozessualen Rechtsschutz gewähren. Diese Bestimmungen sind — ohne Rücksicht auf einen materiell-rechtlichen Schutz — stets anzuwenden, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind.

§ 1138. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1976. Die Vorschrift betrifft nur das hypothekarische Gläubigerrecht, nicht das persönliche Forderungsrecht.

2. **RG.** R. **10** Nr. 918. Ist eine Hypothekenforderung lediglich zur Einziehung oder Einklagung abgetreten, so muß der Zessionar sich alle die Rechte des Zedenten berührenden Einreden gefallen lassen.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1977. Ist der in der Eintragung oder in der darin in Bezug

genommenen Eintragungsbewilligung angegebene Schuldgrund unrichtig, so hat der Gläubiger zu beweisen, daß die von ihm geltend gemachte anderweitige Forderung diejenige ist, für die die Hypothek bestellt wurde.

§ 1141. SchlHolstAnz. **10** 217 (Kiel). Die Vereinbarung des Hypothekengläubigers mit dem Grundstückseigentümer, daß die Hypothekenforderung an einem bestimmten Tage vor Ablauf der Kündigungsfrist fällig sein soll, ist als Kündigung anzusehen und gegen den Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers wirksam, auch wenn sie ihm bei dem Erwerbe nicht bekannt war.

§ 1142. **RG.** JW. **10** 704, GruchotsBeitr. **54** 1020, SächsRpflA. **10** 336, R. **10** Nr. 2560, WarnE. **3** 283, ZBlFG. **11** 280. Wenn Hypotheken und Grundschulden einerseits und persönliche Forderungen andererseits keine gleichartigen Ansprüche wären, so wäre zwischen ihnen an und für sich die Aufrechnung ausgeschlossen. Aber der Abs. 2 des § 1142 BGB. gestattet jedenfalls dem Grundstückseigentümer ausdrücklich, den Hypothek- oder Grundschuldgläubiger außer durch Hinterlegung auch durch Aufrechnung zu befriedigen. Daß diese Gesetzesstelle, die zunächst nur für Hypotheken gegeben ist, auch auf Grundschulden angewendet werden muß (§ 1192 BGB.), ist in der Rechtslehre unbestritten. Der Grundschuldgläubiger kann ebenso wie der Hypothekgläubiger Zahlung eines bestimmten Geldbetrags aus dem Grundstücke verlangen, es kann und muß daher auch die Art, wie dies Verlangen anderweitig erfüllt werden kann, die gleiche bei beiden dinglichen Rechten sein. Der Unterschied, daß die Hypothek im Gegensatze zur Grundschuld eine Forderung voraussetzt, kommt hierbei nicht in Betracht. Der angezogene § 1142 selbst macht zugunsten der Konkursmasse als Grundschuldgläubigerin eine Ausnahme nicht. Nach ihm muß sich auch die Konkursmasse die Aufrechnung gefallen lassen, und er denkt um so weniger daran, daß sie durch solche Aufrechnung nicht „befriedigt“ werde, als er sich mit den aus der Konkurseröffnung ergebenden Rechtsverhältnissen nicht zu befassen hatte und als ja das Sondergesetz, die KO. selbst, in ihren §§ 53 ff. die Aufrechnung zwischen der Konkursmasse und ihren Gläubigern keineswegs grundsätzlich ausschließt.

§ 1144. 1. KG., KGJ. **39** A 230. Der Grundstückseigentümer kann, abgesehen von dem Falle einer besonderen Vereinbarung, gegen Befriedigung des Hypothekengläubigers nicht die Aushändigung einer Urkunde über die Abtretung der Hypothek an einen Dritten verlangen. Das Grundbuchamt darf daher die Hypothek auch dann nicht auf einen Dritten umschreiben, wenn ein Gläubiger des Eigentümers den angeblichen Anspruch des Eigentümers auf Erteilung der Abtretungserklärung hat pfänden und sich zur Einziehung hat überweisen lassen und der Hypothekengläubiger auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses die Eigentümerhypothek an den Dritten, insbesondere den Pfändungsgläubiger selbst abtritt.

2. Josef, BuschsZ. **40** 281—320 (319). Hat der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, erachtet aber das Grundbuchamt zur Löschung der Hypothek weitere Urkunden als die vom Gläubiger dem Eigentümer übergebenen für erforderlich (§ 1144), so entsteht durch diese Verfügung des Grundbuchamts für den Gläubiger die Verpflichtung zur Nachlieferung der Urkunden, und die Entscheidung des Grundbuchamts ist also, wenn der Eigentümer auf Nachlieferung klagt, für das Prozeßgericht bindend; diesem steht sonach eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der grundbuchamtlichen Entscheidung nicht zu.

§ 1147. 1. WürttJ. **10** 269 (Stuttgart). Eine Verpflichtung des Eigentümers des Grundstücks, auf welchem eine Hypothek ruht, nach Eintritt der Fälligkeit der Hypothek die Hypothekschuld zu zahlen, könnte aus dem Wortlaute des § 1113 Abs. 1 gefolgert werden, wo bei der Begriffsbestimmung der Hypothek gesagt ist, ein Grundstück könne in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolge, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen sei.

Dieser Wortlaut des § 1113 BGB. wird denn auch vielfach verwertet, um daraus eine Zahlungspflicht des lediglich dinglich haftenden Grundstückseigentümers abzuleiten. Indessen ist in den Mot. z. BGB. deutlich ausgesprochen, daß mit der erwähnten bzw. der ähnlichen, im § 1062 des I. Entw. gebrauchten Wortfassung („ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen") eine Zahlungspflicht des Grundstückseigentümers nicht begründet werden wollte; denn hier ist hervorgehoben: es müsse von Bestimmung einer Zahlungspflicht des Eigentümers (welche die Hypothek in ein obligatorisches Rechtsverhältnis verwandeln würde) abgesehen und der Gläubiger lediglich auf den Weg der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verwiesen werden. Auch die Verhandlungen der Kommission für die II. Lesung des BGB. rechtfertigen keineswegs die Annahme, daß die Kommission auf dem Standpunkte stand, die aus ihren Beratungen hervorgegangene Fassung des Gesetzes begründe eine Zahlungspflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks. Das Gesetz hat es vielmehr in seinem § 1147 bei dem schon in der vorhin erwähnten Stelle der Motive aufgestellten Grundsatze belassen, daß der Hypothekengläubiger die im § 1113 vorgesehene „Zahlung aus dem Grundstücke" nicht bei dem Grundstückseigentümer persönlich, sondern eben im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu suchen habe. Freilich ist der Grundstückseigentümer im § 1142 für berechtigt erklärt, unter gewissen Voraussetzungen den Hypothekgläubiger zu befriedigen und dadurch die Zwangsversteigerung seines Anwesens abzuwenden. Der Umstand, daß das Gesetz hier nur von einer Berechtigung spricht, ist aber gerade ein Beweis dafür, daß die Verpflichtung des Grundstückseigentümers auf nichts anderes geht, als darauf, die im § 1147 zugelassene Zwangsvollstreckung zu dulden.... Auch der Umstand, daß das BGB. an verschiedenen Stellen von einer seitens des Gläubigers an den Grundstückseigentümer und umgekehrt auch von einer seitens dieses an jenen zu richtenden Kündigung, von einer Mahnung des Eigentümers durch den Gläubiger und von einer dem Eigentümer gegenüber eingetretenen Fälligkeit der Hypothek spricht (§§ 1141, 1142, 1149, 1156, 1160 Abs. 2) und daß es im § 1146 nach erfolgloser Mahnung oder Kündigung dem Gläubiger einen Anspruch auf Verzugszinsen zuerkennt, beweist nichts für eine Zahlungspflicht des Grundstückseigentümers. Im Gegenteile zeigt gerade der Inhalt des § 1146, daß das Gesetz eine Zahlungspflicht, also eine obligatorische Schuldnerverpflichtung des Eigentümers nicht annimmt, denn es spricht nicht von einem durch erfolglose Mahnung oder Kündigung eingetretenen Verzuge des Eigentümers, auch setzt es nicht etwa eine persönliche Verpflichtung des erfolglos gemahnten Eigentümers zur Entrichtung von Verzugszinsen fest, vielmehr drückt es sich bezeichnenderweise dahin aus, daß, wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke gebühren. Auch die im § 688 Abs. 1 Satz 2 ZPO. erfolgte Zulassung des Mahnverfahrens wegen des Anspruchs aus einer Hypothek beweist nichts für die hier zur Erörterung stehende Frage. Vielmehr zeigt auch hier die Gesetzesfassung, daß der Gesetzgeber den (dinglichen) Anspruch aus einer Hypothek an sich nicht als einen Anspruch ansieht, welcher die Zahlung einer Geldsumme durch den Grundstückseigentümer zum Gegenstande hat. Indem vielmehr im § 688 ebenso wie im § 592 Abs. 2 und § 794 Ziff. 5 ZPO. der Ausdruck gewählt ist, der Anspruch aus einer Hypothek „gelte" (für das Mahnverfahren, den Urkundenprozeß und die Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde) als Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande habe, ist erkennbar gemacht, daß lediglich aus praktischen Erwägungen (um dem Gläubiger die Erlangung eines vollstreckbaren Titels für die „Befriedigung aus dem

Grundstücke" zu erleichtern) im Wege der Fiktion dem Gläubiger gestattet wurde, im Mahnverfahren und Urkundenprozesse gegen den Grundstückseigentümer prozessual so vorzugehen, wie wenn es sich um einen persönlich zur Zahlungsleistung verpflichteten Schuldner handeln würde. Dabei ist es aber selbstverständlich, daß der Zahlungsbefehl und die Klage im Urkundenprozesse gegen den Grundstückseigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, nicht auf Zahlung, sondern (dem § 1147 BGB. entsprechend) nur darauf gerichtet werden kann, daß der Eigentümer wegen des in Frage stehenden Geldanspruchs die Zwangsvollstreckung in das ihm gehörige Grundstück zu dulden habe. Begründet aber dem Ausgeführten zufolge die Hypothek für den Grundstückseigentümer lediglich eine Duldungspflicht, also eine Verpflichtung zu rein passivem Verhalten (— die Zwangsversteigerung, auf welche dem Hypothekgläubiger ein Anspruch zusteht, kann er seinerseits, von dem Ausnahmefalle des § 175 ZVG. abgesehen, gar nicht herbeiführen —), so kann keine Rede davon sein, daß er lediglich durch passives Verhalten, insbesondere durch Nichtleistung einer Zahlung, zu der er gar nicht verpflichtet ist, oder durch Nichtausstellung einer vollstreckbaren Urkunde, zu deren Ausstellung für ihn ebensowenig eine Verpflichtung besteht, dem Hypothekgläubiger Anlaß zur Erhebung der Klage gebe.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 453/60. Der Staat stellt dem Pfandgläubiger die Vollstreckungsorgane nur zur Verfügung, wenn er „für sein Recht" einen Titel gegen den Eigentümer erlangt hat (vgl. BGB. §§ 1233 Abs. 2, 1277). Das Pfandurteil stellt Bestand und Ausübbarkeit des Pfandrechts fest. Materiell-rechtliche Feststellungsklage mit prozessualer Wirkung. Der Klagantrag ist „auf Haftung aus dem Grundstücke" zu richten.

3. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 345/7. Grundsätzlich erst nach der Fälligkeit der Forderung kann die Hypothek angriffsweise ausgeübt werden. Beweis: § 1141.

§ 1149. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 357/9. Diese Bestimmung verordnet die Nichtigkeit zweier Rechtsgeschäfte, wenn sie vor der Pfandreife abgeschlossen werden: erstens eines Verpflichtungsgeschäfts, eines Vertrags, kraft dessen der Eigentümer dem Gläubiger das Grundstück auflassen müßte (BGB. § 313), zweitens eines Überlassungsgeschäfts, eines einseitigen Rechtsgeschäfts, kraft dessen der Gläubiger das Grundstück im eigenen Namen veräußern dürfte (BGB. § 185 Abs. 1).

§ 1152. 1. OLG. **21** 40 (KG.). Wenn ein Teil einer Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, so fragt sich, ob nicht an Stelle eines Teilgrundschuldbriefs ein selbständiger Grundschuldbrief gebildet werden müßte. Dies behauptet Güthe (GBO. Anm. 5 zu § 61). Allein der § 1152 gilt nach § 1192 Abs. 2 BGB. auch für die Grundschuld. Ist daher bei Teilung nicht nur einer Hypothekenforderung, sondern auch einer Grundschuld die Herstellung eines Teilbriefs zulässig, und erwägt man weiter, daß auch dann, wenn der Eigentümer einen Teil der Hypothek als Hypothek erwirbt, seine Rechte sich nach den für die Eigentümergrundschuld geltenden Vorschriften bestimmen (§ 1177 Abs. 2), so ist der Schluß gerechtfertigt, daß der § 1152 auch dann Anwendung findet, wenn von den beiden Teilen eines Rechtes der eine Hypothek, der andere Grundschuld ist. Darum muß auch der § 1145 Satz 2, da auch er nach § 1192 Abs. 1 für die Grundschuld gilt, dahin ausgelegt werden, daß er auch dann anwendbar ist, wenn von dem vorzulegenden Hypothekenbrief ein Teilgrundschuldbrief hergestellt werden soll. Ob die weitere Erwägung Güthes richtig ist, daß in einem Falle, in welchem die Hypothek in eine Hypothek und eine Grundschuld zerfällt, die Herstellung eines besonderen Briefes für die Teilgrundschuld notwendig ist, kann dahingestellt bleiben.

2. KG., KGJ. **39** A 268. Der § 1152 BGB. findet auf den Fall, in dem eine Forderung auf eine Bruchteilsgemeinschaft übergeht, mindestens entsprechende Anwendung.

§ 1153. *Eberhard, MecklZ. **27** 392. Die Fassung der Abtretungserklärung: „Abtretung mit den laufenden Zinsen" genügt regelmäßig zur Umschreibung. Der Ausdruck „laufende Zinsen" ist allgemeinverständlich und bedeutet die Zinsen, die seit dem letzten, der Abtretung vorangehenden oder mit ihr zusammenfallenden Zinsfälligkeitstermine laufen (abweichend Weltzien, MecklZ. **25** 72, vgl. jedoch MecklZ. **27** 397).

§ 1154. 1. Oberneck, SeuffBl. **10** 157—160. Trotz der Übergabe des Hypotheken- oder Grundschuldbriefs wird die im § 1154 BGB. vorgeschriebene Schriftform durch eine Blankozession nicht gewahrt. Da die Abtretung einer Briefhypothek sich auf Grund schriftlicher Abtretungsurkunde und Briefübergabe außerhalb des Grundbuchs vollzieht und der Erwerber seine Rechte auch im Prozesse darauf stützen kann, so würde die Einrede der nachträglichen Ausfüllung einer Blankozession dem Erwerbe der Briefpost entgegenstehen.... Wird die Eintragung der Abtretung im Grundbuch auf Grund der später ausgefüllten Abtretungsurkunde vollzogen, so läßt sich die Anfechtung einer solchen durch Täuschung herbeigeführten Eintragung im Beschwerdewege nicht erzielen. Eine ihrem Inhalte nach unzulässige Einschreibung liegt nicht vor, und ebensowenig hat das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Eintragung vorgenommen, sondern es hat lediglich den aus der Urkunde sich ergebenden, an sich zulässigen Urkundsinhalt dem Antrag entsprechend im Grundbuche vermerkt, da die nachträgliche Ausfüllung der Zessionsurkunde für den Grundbuchrichter nicht erkennbar war. Die Voraussetzungen des § 54 GBO. sind daher nicht gegeben. Hiernach bleibt nur die Anfechtung im Prozeßweg übrig. Diese könnte nur dann einen Erfolg haben, wenn materiell-rechtlich die dingliche Einigung über die Abtretung der Briefpost gemäß § 873 Abs. 1 BGB. weder vor noch nach der Eintragung stattgefunden hat.

2. **RG.** R. **10** Nr. 85. Unter Übergabe ist nicht nur ein körperliches Indiehandgeben durch den Zedenten an den Zessionar zu verstehen, sondern auch jede andere Art der körperlichen Übergabe, z. B. eine solche durch Beauftragte; eine Übergabe im Sinne der Vorschrift liegt daher auch vor, wenn das Grundbuchamt auf Anweisung des Zedenten den Brief dem Zessionar aushändigt.

3. HansGZ. **10** Beibl. 34 (Hamburg). Wenn eine Briefhypothek ordnungsmäßig durch schriftliche Zession übertragen und der Brief übergeben worden ist, so kommt es darauf, ob der Erwerber bösgläubig ist, dann an, wenn der Zessionar aus der Abtretung Ansprüche erhebt, dagegen dann nicht, wenn er lediglich das Eigentum am Hypothekenbrief in Anspruch nimmt.

4. Wuthe, ZBlFG. **11** 274. Die Übertragung der Hypothek und Grundschuld beim Wechsel des Geldgebers des Grundstückseigentümers.

5. **RG.** JW. **10** 755, BayRpflZ. **10** 311. Es entspricht regelmäßig dem Vertragswillen, daß der Bauunternehmer die Bauhypothek, auch bevor sie noch valutiert ist, abtreten darf, um sich auf diese Weise die Mittel zur Fortsetzung des Baues zu verschaffen oder um sich für die ihm erwachsenen Bauforderungen zu befriedigen. Allein nach der Verkehrsanschauung und auch nach Treu und Glauben ist es wenigstens der Regel nach nicht statthaft, die Hypothek auch dann noch abzutreten, wenn der Schuldner aus der vollendeten Bauausführung nichts mehr zu leisten hat.

§ 1155. OLG. Hamburg, HansGZ. **10** Beibl. 35. Diese Bestimmung unterscheidet sich von dem § 1154 BGB. nicht dadurch, daß in ihm weitere Formen für die Abtretung einer Hypothek vorgeschrieben sind, sondern dadurch, daß er die

Frage des guten Glaubens des Erwerbers regelt, den Schutz des guten Glaubens aber an die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärungen knüpft.

§ 1156. 1. **RG.** ZBlFG. **10** 528, WarnE. **3** 16. Zu den Einreden, die dem Zessionar einer Hypothek oder Grundschuld beim Mangel des guten Glaubens entgegengesetzt werden können, gehört, wie nach früherem, so auch nach heutigem Rechte (BGB. §§ 1157, 1192; Prot. III, 584; D. 221; **RG.** JW. **01** 181; R. **08** 333 Nr. 1984) die Einrede, daß sein Zedent nach einem mit dem Eigentümer des Grundstücks getroffenen fiduziarischen Abkommen zur Abtretung der Hypothek nicht berechtigt gewesen sei.... Auf § 1156 BGB., der die Anwendung der §§ 406 ff. BGB. und sonach die Berücksichtigung von Rechtsgeschäften, die nach der Abtretung vorgenommen werden, ausschließt, kann der Beklagte sich nicht berufen, weil es sich im vorliegenden Falle nicht um Rechtsgeschäfte über die Grundschuld oder eine mitabgetretene Forderung wie bei der Hypothek, sondern um Rechtsgeschäfte über Forderungen handelt, die nicht abgetreten sind, in betreff deren der Rechtsverkehr also nach wie vor nur zwischen dem Schuldner und dem Zedenten sich abwickeln kann. Die Tilgung der Forderungen kommt im vorliegenden Falle nur als Bedingung oder Befristung für die Rückübertragung der Grundschuld in Frage, den Eintritt solcher Umstände aber muß der Zessionar, sofern er den fiduziarischen Vertrag, auf den sie sich gründen, gegen sich gelten lassen muß, auch dann sich gefallen lassen, wenn sie erst nach der Zession sich ereignen (§ 404 BGB.; Prot. I 387, 388; Planck Anm. 1).

2. OLG. Hamburg, R. **10** Nr. 2372, SeuffBl. **11** 617. Die Eintragung des aus einem Grundstückskaufe geschuldeten Restkaufpreises als Darlehnshypothek auf dem Grundstücke hat zur Folge, daß der Schuldner verzögerliche Einreden aus dem Kaufe gegen die hypothekarische Forderung nicht mehr geltend machen kann. Dagegen sind zerstörende Einreden, z. B. auf Wandelung, Minderung, aus dem Kaufe nicht ausgeschlossen. Doch können solche Ansprüche nur im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden; sie sind daher gegen den Rechtsnachfolger in der Hypothek unzulässig, wenn die Aufrechnung nicht vor der Umschreibung erklärt ist. Ob der neue Gläubiger gewußt hat, daß der Eigentümer gegen die Hypothekforderung mit einem Minderungsanspruch aufrechnen konnte, ist gleichgültig. Das Bestehen einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung begründet noch keine Einrede, sondern erst die Erklärung der Aufrechnung selbst (§ 388 BGB.). Deshalb kommt für die Aufrechnung auch nicht der § 1157 BGB. in Frage.

§ 1157. 1. **RG.** WarnE. **3** 16. Zu den Einreden, die dem Zessionar einer Hypothek oder Grundschuld beim Mangel des guten Glaubens entgegengesetzt werden können, gehört, wie nach früherem, so auch nach heutigem Rechte (BGB. §§ 1157, 1192; Prot. III 584; D. 221; **RG.** JW. **01** 181; R. **08** 333 Nr. 1984) die Einrede, daß sein Zedent nach einem mit dem Eigentümer des Grundstücks getroffenen fiduziarischen Abkommen zur Abtretung der Hypothek nicht berechtigt gewesen sei.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3929. Der aus §§ 1165, 1169, 1173 Abs. 2 BGB. herzuleitende Einwand (**RG. 58** 425) betrifft nicht die durch die Hypothek gesicherte Forderung (§§ 1184, 1185 Abs. 2 BGB.), vielmehr die dinglichen Rechtsbeziehungen und fällt unter § 1157 BGB. Er kann demnach auch bei der Sicherungshypothek einem Zessionar nur dann entgegengesetzt werden, wenn dieser schlechtgläubig ist.

§ 1159. 1. *Sachs, JheringsJ. **58** 323 ff. § 1159 ist nicht anwendbar auf Amortisationsbeiträge, da diese Hauptleistungen, nicht Nebenleistungen sind (358 f.).

2. Oberneck, DNotV. **10** 535 ff. Die Abtretung von Zinsrückständen und ein etwaiger Vorrangsvorbehalt für das Kapital ist nicht eintragungsfähig und wird

deshalb auch nicht von den sachenrechtlichen Grundsätzen über den öffentlichen Glauben beherrscht.

§ 1160. SchlHolstAnz. **10** 365 (Kiel). Nach § 1160 BGB. ist zur Geltendmachung der Hypothek nicht erforderlich, daß sich der Gläubiger im fortdauernden Besitze des Hypothekenbriefs befindet, es genügt die einmalige Vorlegung im Prozesse.

§ 1163. I. Das Wesen der Eigentümerhypothek. *Hirsch, Die Übertragung des Rechtsausübung I 156/7. Die Eigentümerhypothek ist kein ruhendes Recht.

II. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall des Erlöschens der Forderung. LG. Darmstadt, HessRspr. **10** 157. Wenn die Befriedigung eines Hypothekengläubigers durch einen Dritten im Namen des Eigentümers erfolgt, so erlischt die Forderung und die Hypothek wird zur Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld, je nachdem der Eigentümer des Unterpfandes nicht oder gleichzeitig auch persönlicher Schuldner ist, es sei denn, daß der Dritte kraft Gesetzes durch die Zahlung die Forderung und damit auch die Hypothek (§ 1153 BGB.) erwirbt oder die Zahlung an den Hypothekengläubiger nur gegen Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung erfolgt ist.

2. Der Fall des § 868 ZPO. Die Entsch. des KG. JDR. **8** § 1163 Ziff. IV 3 auch KGJ. **38** A 276 und OLG. **21** 23.

3. Der Fall des § 932 ZPO. WürttZ. **10** 324 (Stuttgart). § 929 Abs. 3 ZPO. bestimmt, daß die Vollziehung des Arrestbefehls ohne Wirkung ist, wenn die Zustellung des Arrestbefehls nicht innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der zweiwöchigen Frist des Abs. 3 des § 929 ZPO. erfolgt. Diesem Wortlaut ist zu entnehmen, daß in diesem Falle die Vollziehung gänzlich hinfällig sein soll, wie wenn sie von Anfang an unwirksam gewesen wäre. Wenn diese Folge nicht eintreten sollte, so hätte das Gesetz dies ausgesprochen oder es müßte aus sonstigen Grundsätzen des Vollstreckungsrechts abzuleiten sein. Dies ist aber nicht der Fall; eine in Vollziehung des Arrestbefehls vorgenommene Pfändung hat vielmehr nach § 929 Abs. 3 Satz 2 ZPO. in gleicher Weise für unwirksam zu gelten, wie eine nach Ablauf der Frist des Abs. 2 vorgenommene Arrestvollziehung. Diesem Ergebnisse stehen auch die Normen des Grundbuchrechts nicht entgegen. Die Rechtslage ist in den in Rede stehenden Fällen eine andere, als in den Fällen des § 868 ZPO., wo überdies ausdrücklich bestimmt wird, daß der Eigentümer die Hypothek erwerbe, während § 929 hiervon nichts enthält (328).

III. Der Fall der Amortisationshypothek. 1. **RG.** WarnE. 3 510. Nach den §§ 290, 291, 292 des Revidierten Pommerschen Landschaftsreglements v. 26. Oktober 1857 (GS. **57** 945 ff.) sind die von einer Pfandbriefhypothek angesammelten Amortisationsbeiträge, soweit sie noch nicht die Höhe des zehnten Teiles der Pfandbriefschuld erreicht haben, ein von dem Gute gar nicht zu trennendes Zubehör dergestalt, daß sie mit dem Gute auf jeden neuen Besitzer übergehen und ohne das Gut weder an einen Dritten abgetreten, noch aus anderen Titeln in Anspruch genommen oder mit Beschlag belegt werden können. Danach geht zufolge der Veräußerung des Gutes der von der Pfandbriefhypothek der Pommerschen Landschaft angesammelte Amortisationsfond, wenn er ein Zehntel der Pfandbriefschuld nicht erreicht, auf den Erwerber über. Dies hindert aber nicht, daß der Erwerber sich den Veräußerern gegenüber mit rechtsverbindlicher Wirkung verpflichtet, falls er den Amortisationsfonds ausgezahlt erhält, den empfangenen Betrag an den Veräußerer herauszugeben. Denn es handelt sich dabei um Festsetzung einer Kaufbedingung, welche die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien be-

trifft und im Verhältnisse zur Landschaft die Eigenschaft des Amortisationsfonds als eines vom Gute untrennbaren Zubehörs unberührt läßt.

2. Sachs, IheringsJ. 58 323—402. Da bei der Amortisationshypothek eine jede Annuität eine Zahlung auf das Kapital enthält, so muß folgerecht auch die Hypothek mit jeder Zahlung in entsprechender Höhe auf den Eigentümer als Grundschuld übergehen. . . . (364) Hieraus ergeben sich allerdings ganz erhebliche praktische Schwierigkeiten. Die Hypothek geht auf den zahlenden Eigentümer über. Da aber eine Amortisationshypothek das Grundstück während einer Reihe von Jahrzehnten belastet, so wird häufig während dieses langen Zeitraums die Person des Eigentümers des belasteten Grundstücks einmal oder sogar mehrfach wechseln. Jeder Eigentümer, der während der Dauer seines Eigentums Annuitäten geleistet hat, hat auch die Hypothek in Höhe der Summe der von ihm entrichteten Amortisationsbeiträge erworben, so daß am Schlusse der Amortisation die ehemals einheitliche Amortisationshypothek in eine Reihe von Teilhypotheken zerfällt, die alle verschiedenen Personen zustehen. Erfahrungsgemäß lassen aber nur in den seltensten Fällen die Eigentümer nach jeder Zahlung oder gelegentlich der Veräußerung des Grundstücks das Grundbuch berichtigen, so daß bis zum Schlusse der Amortisation in der Regel der Gläubiger mit dem vollen ursprünglichen Betrage der Hypothek eingetragen bleibt. Da nun die herrschende Meinung bei einer Veräußerung des Grundstücks zum Übergange der Eigentümergrundschuld auf den Erwerber deren ausdrückliche, bestimmten Formen unterliegende Übertragung für notwendig erachtet, da andererseits bei vielen Veräußerungen erfahrungsgemäß der Eigentümergrundschuld überhaupt nicht gedacht wird, so können am Schlusse der Amortisation, wenn der Gläubiger voll befriedigt ist und löschungsfähige Quittung erteilen oder ein anderes den gleichen Zwecken dienendes Rechtsgeschäft vornehmen will, leicht er selbst sowohl als auch der Grundbuchbeamte und der letzte Grundstückseigentümer wegen der Vornahme der Eintragung in eine höchst zweifelhafte und schwierige Lage kommen. . . . (367) Die Mittel der Hypothekenbanken, diese Schwierigkeiten zu bekämpfen, bestehen entweder darin, bei jeder Zahlung festzustellen, von wem sie herrührt. Verlangt am Schlusse der Amortisation der derzeitige Eigentümer eine Eintragungsbewilligung, so wird diese von der Bank ohne weiteres erteilt, aber mit genau detaillierter Angabe, welchen Anteil jeder der sukzessiven Eigentümer an der Befriedigung der Bank genommen hat. . . . (368) Oder darin, daß in die vom Eigentümer zu vollziehende Schuldurkunde eine Bestimmung aufgenommen wird, durch welche der Eigentümer sich der Bank gegenüber verpflichtet, die Amortisationshypothek, soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, auf Anfordern der Bank im Grundbuche zur Löschung zu bringen. Zur Sicherung dieses Anspruchs auf Löschung wird entweder eine Vormerkung entsprechenden Inhalts nach § 1179 BGB. in das Grundbuch eingetragen, oder die Bank behält sich das Recht vor, wenn der jeweilige Grundstückseigentümer nicht auf ihr Erfordern seiner Löschungsverpflichtung nachkommt, sofort das ganze noch nicht amortisierte Darlehnskapital zurückverlangen zu dürfen. . . . (369) Oder darin, daß bei einer Veräußerung des Pfandgrundstücks der Veräußerer alle seine Rechte bezüglich des amortisierten Betrags der Hypothek an den Erwerber abtritt (369 ff.). . . . (381) Alle diese Mittel haben nicht den gewünschten Erfolg. (382) Aber die Maschine der Gesetzgebung darf doch nur dann in Bewegung gesetzt werden, wenn tatsächlich kein anderes Mittel zum Ziele führen würde. Es gibt aber ein solches Mittel und es besteht darin, daß bei jedem Eigentumswechsel das Grundbuch hinsichtlich des vom Veräußerer amortisierten Teiles der Hypothek berichtigt und bei einer Briefhypothek ein Teildokument hergestellt wird, so daß der Veräußerer in der Lage ist, die von ihm durch seine Zahlungen erworbene Eigentümergrundschuld an den Erwerber des Grundstücks formgerecht abzutreten, und dieser das dingliche Recht hierdurch auch wirklich erwirbt.

Allerdings ist die jedesmalige Berichtigung des Grundbuchs mit Kosten verknüpft. Außerdem erleidet auch der Geschäftsbetrieb der Hypothekenbanken hierdurch eine gewisse Erschwerung. Denn die Bank muß ihren Hypothekenbrief, um ihn dem Grundbuchamt einreichen zu können, aus dem Mitverschlusse des Treuhänders herausnehmen. Aber so überaus häufig wird das in der Regel nicht notwendig sein, zumal da die Bank das Recht hat, die Amortisation ihres Darlehens bis auf 10 Jahre aufzuschieben (§ 20 HypBankG.), und gerade in den ersten Jahren, wenigsteus bei neubebauten Grundstücken, erfahrungsgemäß die häufigsten Eigentumsübertragungen vorgenommen werden. Und schließlich werden die Kosten der Grundbuchberichtigung und die Erschwerung des Geschäftsbetriebs der Bank gegenüber der ungleich größeren Rechtssicherheit kaum ins Gewicht fallen.

3. Oberneck, BayRpflZ. **10** 9. Die aus dem amortisierten Kapitale der Amortisationshypothek einer Hypothekenbank entstandene Eigentümergrundschuld unterliegt im Augenblick ihrer Verwandlung in eine Gläubigergrundschuld durch Verkauf des belasteten Grundstücks nur den Vorschriften der §§ 1191 ff. BGB. Ist daher in dem Kaufvertrag über die Verzinsung der Eigentümergrundschuld, über deren Kündigung und Verfallzeit nichts vorgesehen, so treten die gesetzlichen Bestimmungen ein. Mangels einer besonderen Vereinbarung ist die Grundschuld zinslos und das Kapital wird erst nach vorhergehender Kündigung fällig, die sowohl dem Gläubiger als dem Eigentümer zusteht unter Innehaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten (§§ 1192, 1193 BGB.); Zahlungsort ist der Sitz des Grundbuchamts (§ 1194 BGB.).

IV. Die Pfändung der Eigentümerhypothek. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1022. Wie der erkennende Senat wiederholt entschieden hat, ist zur wirksamen Pfändung einer verbrieften Eigentümergrundschuld gemäß §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO. außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Hypothekenbriefs über die Hypothek, aus der die Eigentümergrundschuld entstanden ist, erforderlich (**RG. 55** 378, **56** 13, 184, **59** 313, **70** 279). Die Frage ferner, ob nicht die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefs die Herausgabe oder die Wegnahme des Briefes ersetzen könne, hat der Senat auch bereits dahin entschieden, daß die Übergabe oder Wegnahme des Hypothekenbriefs, wenn sich dieser in der Hand eines Dritten befinde, nicht durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes ersetzt werden könne, weil die Überweisung zur Einziehung zwar denjenigen, dem sie erteilt sei, zur Geltendmachung des überwiesenen Anspruchs ermächtige, sie aber nicht, wie die Zession, die Wirkung habe, das Gläubigerrecht selbst auf ihn zu übertragen (**RG. 63** 217). Außerdem hat auch der Senat in dem Urt. **RG. 69** 36 ff., ausgesprochen, daß dem Grundstückseigentümer, wenn eine Briefhypothek wegen teilweiser Nichtentstehung der Forderung zum Teil Eigentümergrundschuld geworden ist, gegen den Gläubiger ein Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs überhaupt nicht zusteht, ebensowenig ein Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an dem Briefe, sondern nur ein Anspruch auf Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Herstellung eines Teilbriefs, dessen Abtretung aber nicht die körperliche Übergabe gemäß § 931 BGB. ersetzt, weil er kein Anspruch auf Herausgabe an den Eigentümer ist.

2. RheinA. **107** 183 (Köln). Die Pfändung einer Eigentümerhypothek ist unwirksam, wenn die Wegnahme des über sie gebildeten Briefes unterblieben ist. Denn eine Eigentümerhypothek ist nach denselben Vorschriften zu pfänden, die in den §§ 830, 857 Abs. 6 ZPO. für die eigentlichen Hypotheken und Grundschulden aufgestellt sind (**RG. 55** 378, **56** 184, **59** 314). . . . Die Zulässigkeit einer Pfändung der Eigentümerhypothek ohne Briefübergabe oder Eintragung würde auch den Rechtsverkehr gefährden, da bei einer zwischenzeitlichen Übertragung der Hypothek die Pfändung gegenüber dem redlichen Erwerber keine Wirkung hat. Verfehlt ist auch

die Annahme, bei der Pfändung der Eigentümerbriefhypothek ergreife das Pfandrecht des Gläubigers gemäß § 952 BGB. auch den Brief. Denn nach § 830 ZPO. ist die Wegnahme des Briefes zur Entstehung des Pfandrechts erforderlich (Biermann, Sachenr. BGB. § 952 Anm. 2). Das Pfandrecht entsteht also nicht schon mit der bloßen Pfändungszustellung an den Schuldner. Hieraus folgt, daß die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner ohne Wegnahme des Briefes nicht genügt, dem Pfandgläubiger ein gültiges Pfandrecht an der Eigentümerhypothek zu verschaffen.

3. HansGZ. **10** Beibl. 65 (Hamburg). An der Eigentümerbuchhypothek entsteht ein Pfandrecht erst durch Eintragung der Pfändung nach § 830 Abs. 1 ZPO.

4. KG. 20. 12. 09, ZBlFG. **11** 365. Der nachstehende Pfändungspfandgläubiger einer Hypothek darf das ihm zustehende Einziehungsrecht nicht unter Verletzung des einem vorstehenden Pfändungspfandgläubiger zustehenden Einziehungsrechts ausüben. Eine dem Zwecke der Tilgung der Hypothekenforderung bestimmte Zahlung kann er von dem Grundstückseigentümer nur mit Einwilligung des vorstehenden Pfändungspfandgläubigers annehmen. Ohne eine solche Einwilligung kann er von dem Grundstückseigentümer nur die Hinterlegung des Schuldbetrags verlangen.

5. RheinA. **107** 185 (Düsseldorf). Haftung des Rechtsanwalts wegen unwirksamer Pfändung einer Eigentümerhypothek.

6. Fürnrohr, BayRpflZ. **10** 76. Rang einer gepfändeten Eigentümergrundschuld.

V. Regelsberger, JheringsJ. **58** 172 über die Auslegung des § 1163 BGB.

§ 1164. 1. BayObLG., SeuffBl. **10** 325, BayRpflZ. **10** 159, BayObLG. **11** 31, R. **10** Nr. 982. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 1164 BGB. ist zu beweisen, daß dem persönlichen Schuldner dem Eigentümer gegenüber der Anspruch auf Ersatz der Leistung zusteht. Hierfür genügt nicht der Nachweis, daß zwischen dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner ein Rechtsverhältnis geschaffen wurde, aus welchem für diesen im Falle der Befriedigung des Gläubigers ein Ersatzanspruch entstehen konnte, es muß auch der Nachweis verlangt werden, daß das Rechtsverhältnis im Zeitpunkte der Befriedigung noch wirksam war und daß demnach der Anspruch in dem geltend gemachten Umfange wirklich entstanden ist. Die für den Rechtsstreit geltende Regel, daß der Kläger nur die rechtsbegründenden, der Beklagte dagegen die rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat (Dernburg, Pandekten § 157), kann in einem grundbuchamtlichen Verfahren nicht Anwendung finden, in welchem der gegenteilig Interessierte vor der Eintragung nicht gehört wird. Dieser Nachweis wird wohl nur durch eine Erklärung des Eigentümers erbracht werden können.

2. a) BayObLG., SeuffBl. **10** 325, BayRpflZ. **10** 159, BayObLG. **11** 31. In dem Falle des § 1164 geht die Hypothek auf den Ersatzanspruch über, mit dem sie sich kraft Gesetzes verbindet. b) ThürBl. **57** 211 (Jena). Die Hypothek, die der persönliche Schuldner erwirbt, verbindet sich kraft Gesetzes mit seiner Ersatzforderung gegen den Eigentümer.

§ 1165. **RG.** R. **10** Nr. 3350. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn persönliche und dingliche Schuld in einer Person vereinigt sind.

§ 1166. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3006. Die Benachrichtigungspflicht aus § 1166 BGB. besteht nur gegenüber dem persönlichen Schuldner, nicht auch gegenüber einem Dritten, der für die Güte und Einbringlichkeit der Hypothek die Haftung übernommen hat (**RG. 65** 134).

2. Oertmann, DJZ. **10** 929. Ermäßigung der persönlichen Haftung des Schuldners für den Hypothekenausfall?

§ 1168. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3007. Die Erklärung eines Hypothekengläubigers im Verteilungstermine, daß er auf seine Hypothek zugunsten einer nachstehenden Hypothek nichts liquidiere, hat nicht die Bedeutung eines Verzichts auf die Hypothek im Sinne des § 1168 BGB., so daß die Hypothek zur Eigentümergrundschuld würde.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3185. Durch die Erklärung eines Hypothekengläubigers im Verteilungstermine, daß er auf den Erlösanteil verzichtet, entstehen für den Schuldner keinerlei Rechte an diesem Erlöse.

3. Die Entsch. des OLG. Colmar JDR. **8** zu § 1168 Ziff. 1 auch OLG. **20** 418.

§ 1173. 1. *Beck, Maximaleigentümerhypothek, 92—94. Über den Ersatzanspruch des befriedigenden Eigentümers gegen einen Eigentümer der anderen Grundstücke ist folgendes zu bemerken: a) Der befriedigende Eigentümer ist zugleich persönlicher Schuldner: die Ergebnisse der zwei Hauptrichtungen (Biermann und Planck) können nicht befriedigen. Bei beiden Ansichten sind die Ausgangspunkte, wenn auch verschieden, so doch beide richtig: bei Biermann: die Unzulässigkeit der Ignorierung der Grundschuldnatur des an dem eigenen Grundstücke des befriedigenden Eigentümers bestehenden dinglichen Rechtes; bei Planck: das Festhalten an der Einheitlichkeit der Gesamtbelastung. Beides läßt sich aber nur vereinigen durch die Annahme einer Grundschuldnatur der an dem Grundstücke der Ersatzpflichtigen bestehenden Belastung. Daraus folgt aber die Unmöglichkeit, der Rückgriffshypothek überhaupt eine Forderung zugrunde zu legen. Damit wäre aber auch die Frage, ob der Rückgriffshypothek die Ersatzforderung des befriedigenden, nicht nur dinglich haftenden Eigentümers zugrunde zu legen ist, in verneinendem Sinne entschieden! — Für Planck, der zutreffend die Einheitlichkeit der Gesamtbelastung zum Ausgangspunkte seiner Erwägung macht, konnte nur die Frage entstehen, ob die ganze Belastung Gesamthypothek oder Gesamtgrundschuld ist: bei seiner Folgerung ist er aber nun von der Richtigkeit seiner Annahme, wonach der Rückgriffshypothek die Ersatzforderung zugrunde zu legen ist, so überzeugt, daß er vollständig übersieht, daß dies doch eben immerhin nur eine Annahme ist, während die Grundschuldnatur des anderen in die Gesamtbelastung übergegangenen Rechtes unbestritten ist und sich daher auch nicht so ohne weiteres ignorieren läßt. b) Der befriedigende Eigentümer haftet nur dinglich: Diesmal hält Planck an der Einheitlichkeit der der Gesamtbelastung zugrunde liegenden Forderung fest, so daß für ihn nur die Frage entstehen kann, welche Forderung in Betracht kommt. Statt der ursprünglichen wählt er die Ersatzforderung. Daß die der Eigentümerhypothek zugrunde liegende Forderung unbestrittenermaßen die ursprüngliche ist, übersieht er dabei aber in gleicher Weise, wie den Umstand, daß die Frage, ob die Hypothek, soweit sie auf den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer ruht, die Ersatzforderung zur Grundlage hat, eben nicht unbestritten ist, sondern gerade erst hier entschieden werden soll. Greift man aber von beiden Ansichten auch hier wieder die unbestrittenen Momente heraus — die der (an dem eigenen Grundstücke des Befriedigenden bestehenden) Hypothek unterliegende Forderung ist zweifellos die ursprüngliche (ebenso Biermann); die Forderung kann aber andererseits nur eine einheitliche sein: entweder die ursprüngliche oder die Ersatzforderung (ebenso Planck) — so ergibt sich die Folge: daß die ursprüngliche Forderung sich auf die ganze Gesamtbelastung erstreckt.

2. *Beck, Maximaleigentümerhypothek 88 Anm. 96. Es ist nicht zu billigen, wenn von einer Wesensgleichheit der Tatbestände der §§ 1143 und 1173 gesprochen wird. § 1173 BGB. regelt zwei scharf auseinanderzuhaltende Fälle, von denen

jeder eine individuelle Behandlung erfordert: den Tatbestand des § 1163 Abs. 1 Satz 2 und denjenigen des § 1143.

§ 1175. 1. **RG.** 20. 6. 10, ZBlFG. **11** 256, R. **10** Nr. 2799, 2833. Wenn der Gläubiger einer Gesamthypothek im Versteigerungs- und Verteilungstermin auf sein Recht gegenüber einem einzelnen Grundstücke verzichtet, so entsteht keine Eigentümergrundschuld, sondern es rücken die nachstehenden Hypothekengläubiger vor.

2. **RG.** 20. 6. 10, R. **10** Nr. 3186. Die bloße mündliche Erklärung des Gläubigers einer Gesamthypothek im Versteigerungstermine, daß er hinsichtlich der übrigen (nicht versteigerten) Verbandgrundstücke keine Ansprüche mehr erhebe, ist als Hypothekverzicht wirkungslos.

§ 1176. du Chesne, BayRpflZ. **10** 375. § 1176 BGB. schreibt vor: „Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163 . . . nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer . . . zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden". Anerkannt ist jetzt wohl allgemein, daß hiermit ein echtes Rangverhältnis der beiden Hypothekenteile geschaffen ist. Nun kommt es in der Praxis bei der Bestellung einer Hypothek nicht selten vor, daß der Gläubiger sich vom Eigentümer versprechen läßt, dieser solle, wenn die Hypothek teilweise Eigentümergrundschuld werde, insoweit der verbleibenden Gläubigerhypothek den Vorrang einräumen, und daß zur Sicherung dieses Versprechens die Eintragung einer Vormerkung beantragt wird. . . . Es handelt sich um eine Ordnung zweier dinglicher Rechte an einer und derselben Sache, die von Gesetzes wegen eintritt (§ 1176); die Beteiligten wollen schon vorher diesen Erfolg durch Vertrag sichern. Für diesen — schuldrechtlichen — Vertrag könnte freilich in Frage kommen, ob der Gläubiger an ihm ein Interesse hat. Allein sein Wille geht dahin, das obligatorische Recht auf Einräumung des Vorranges zu erlangen, und dieser Wille ist, da er keinem sittlich oder wirtschaftlich gerechtfertigten anderen Interesse widerspricht, maßgeblich für die Beantwortung der Frage nach der gesetzlichen Zulässigkeit der Abmachung. Zudem ist nicht einzusehen, warum sich der Gläubiger nicht eine bloße aus § 1176 folgende gesetzliche Aussicht auf einen Rechtserfolg auch noch vertragsmäßig gewährleisten lassen soll. Für die Frage aber, ob an der dinglichen Sicherung dieses Anspruchs durch Vormerkung ein Interesse besteht, ist überhaupt kein Raum. Der Anspruch auf Sicherung der Einräumung des Vorranges ist gesetzlich allgemein anerkannt, und damit hat der Gesetzgeber das Interesse dessen, der einen solchen Einräumungsanspruch hat, auf Erlangung der Vormerkung für alle Fälle bejaht; dadurch wird die Frage, ob der Gläubiger an der Erlangung der Vormerkung, des dinglichen Schutzes, im einzelnen Falle ein Interesse habe, und noch mehr die Frage, ob diese seinem eigentlichen Willen entspreche, überhaupt ausgeschlossen. Es genügt, daß der Wille erkennbar geworden ist, dieses rechtlich geschützte Interesse als das des Wollenden zu betrachten und es zu befriedigen; man darf nicht noch ein weiteres Interesse an der Inanspruchnahme dieses rechtlich geschützten Interesses verlangen, weil man damit die Natur des dinglichen Rechtsschutzes verkennen würde.

§ 1177. 1. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 198/200. Das Eigengrundpfandrecht enthält nur Befugnisse, die auch das Eigentum enthält.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 420/2, 437/8. Das Erlöswegnahmerecht des Subhastaten in der Zwangsversteigerung ist die Wurzel aller Grundpfandrechte, der wesentliche Inhalt der Eigenhypothek.

3. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I, 445/7. Die Eigenhypothek ist nicht nur ein Haftungszustand, sondern ein echtes Recht. Sie ist nicht ein subjektiv-dingliches Recht.

§ 1179. 1. Dresden, ZBlFG. **10** 635. Die Verpfändung einer Hypothek erstreckt sich im Zweifel auf den durch eine Löschungsvormerkung gesicherten Anspruch des Hypothekengläubigers.

2. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 159. Die vertragsmäßige Verpflichtung, eine Hypothek zur Löschung zu bringen, schließt nicht schon ohne weiteres die Möglichkeit einer rechtswirksamen Pfändung des Anspruchs auf den der Eigentümergrundschuld zufallenden Kaufgeldanteil aus. Die Übernahme einer solchen Löschungsverpflichtung dem Nachhypothekengläubiger gegenüber hat *unter den Vertragschließenden* allerdings die Wirkung, daß der Eigentümer nicht unter Berufung auf die ihm grundbuchmäßig noch zustehende Eigentümergrundschuld der Vorwegbefriedigung des Nachhypothekengläubigers widersprechen kann. Eine solche Geltendmachung der noch nicht gelöschten Grundschuld würde arglistig sein. Allein im Rechtsverkehre Dritten gegenüber hat die Übernahme der Verpflichtung, eine Post zur Löschung zu bringen, nicht schon die Wirkung, daß die Post als nicht mehr vorhanden zu betrachten wäre. Bis zur bewirkten Löschung besteht die Eigentümergrundschuld fort und zwar zu vollem Rechte. Auf Grund der noch eingetragenen Post steht dem Eigentümer in der Zwangsversteigerung der Anspruch auf Auszahlung des auf die Post entfallenden Teiles des Kaufgeldes zu, er allein ist nach außen zur Erhebung des Betrags berechtigt. Solange der Eigentümer nicht zugunsten des Nachhypothekengläubigers durch Aufgabe des Rechtes über dieses verfügt hat, ist es aus seinem Vermögen noch nicht ausgeschieden und bildet einen Gegenstand des Zugriffs seiner Gläubiger. b) SeuffA. **65** 411 (Kassel). Die Eintragung einer Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB. steht der Entstehung oder dem Bestehen der Eigentümerhypothek nicht hindernd im Wege. Eine solche Vormerkung beschränkt vielmehr den Eigentümer nur in der Verfügung über die Eigentümergrundschuld dergestalt, daß er ohne Zustimmung des Vormerkungsgläubigers über sie nicht anders als durch Löschung verfügen kann (vgl. **RG. 57** 211).

3. Dresden, SächsRpflA. **10** 479. Vorrangseinräumung und Löschungsvormerkung bei einer als Darlehnshypothek eingetragenen Baugelderhypothek.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1022, ebenso wie **RG.** 8. 7. 08, JDR. **7** zu § 1179 Ziff. II 1.

§ 1180. 1. OLG. **20** 419 (KG.). Der Grundsatz des § 1180 gilt *nicht für die Vormerkung.* Diese ist keine selbständige dingliche Belastung in dem Sinne eines Rechtes am Grundstücke, sondern ein bloßes Mittel, die im § 883 bezeichneten persönlichen Ansprüche in dinglicher Weise zu sichern; sie steht und fällt deshalb mit dem Anspruche, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist. Sie hat nur die ihr besonders beigelegten dinglichen Wirkungen. Wie deshalb eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf eine Hypothek nach der ausführlichen Darlegung in OLG. **5** 390 nicht zur Eigentümerhypothek werden kann, so kann auch an die Stelle der vorgemerkten Forderung, d. h. derjenigen Forderung, hinsichtlich deren der Anspruch vorgemerkt ist, bei Eintragung der Hypothek nicht eine andere Forderung gesetzt werden.

2. SchlHolstAnz. **10** 248 (Kiel). Tritt an die Stelle einer Darlehnsforderung, für die eine Hypothek bestellt ist, vereinbarungsgemäß eine andere Darlehnsforderung zwischen denselben Personen, so erlangt diese Einigung erst durch die Eintragung im Grundbuche dingliche Wirkung.

3. **RG.** LeipzZ. **10** 223. Die Wirksamkeit einer mündlichen Übereinkunft zwischen Hypothekengläubiger und Eigentümer, kraft deren ein infolge Abzahlung vom Eigentümer erworbener Hypothekenteil dem Gläubiger *für andere Forderungen* haften solle, *im Konkurse des Eigentümers* besteht darin, daß der Gläubiger einen Anspruch gegen den Gemeinschuldner auf Bestellung der fraglichen

Sicherheit durch Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek erwirbt und diesen als Konkursforderung geltend machen kann.

4. *Wuth, ZBlFG. **11** 274 ff. Wird eine Hypothek, die durch Bezahlung der Hypothekensumme zur Eigentümergrundschuld geworden ist, unter Zustimmung des Eigentümers unmittelbar vom bisherigen Gläubiger auf den neuen Geldgeber übertragen, so geht auf ihn das Recht nur als Grundschuld über. Zu einer Hypothek — durch Verbindung der eigenen Forderung mit der Grundschuld — verhilft ihm auf kürzestem Wege ein Eintrag gemäß § 1180 Abs. 2 BGB. Der Eintrag ist wirksam, obwohl § 1180 BGB. den Austausch zweier wirklich bestehender Forderungen bezielt.

§ 1183. KG., RJA. **10** 238, OLG. **20** 420, KGJ. **39** A 235. Die Aufhebungserklärung des Gläubigers und die Zustimmung des Eigentümers werden von dem Gesetz als zwei einseitige Rechtsgeschäfte behandelt, die sich selbständig gegenüberstehen (KGJ. **24** A 217). Beide Erklärungen sind aber, da sie entweder dem Grundbuchamt oder dem anderen Teile gegenüber abzugeben sind, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Auch die Abgabe einseitiger empfangsbedürftiger Willenserklärungen durch den Erklärenden sich selbst als dem Vertreter des Empfängers gegenüber fällt unter das Verbot des § 181 BGB., weil sie sich als die Vornahme eines Rechtsgeschäfts des Vertreters sich selbst gegenüber darstellt. Der Hypothekengläubiger kann hiernach weder die Aufhebungserklärung sich selbst als dem Vertreter des Eigentümers gegenüber abgeben, noch die Zustimmung als Vertreter des Eigentümers sich selbst als dem Gläubiger gegenüber erklären. Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts des Vertreters mit sich selbst liegt aber nicht vor, wenn beide Erklärungen von dem Betreffenden dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben werden.

§ 1184. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2561. Bei Bestellung einer Sicherungshypothek ist eine Vereinbarung dahin zulässig, daß die Hypothek nicht nur als Sicherheit für die Forderung des Hypothekengläubigers, sondern zugleich auch als Sicherheit für gleichartige Forderungen anderer Gläubiger haften solle in der Weise, daß der Hypothekenschuldner die Löschung erst dann solle verlangen dürfen, wenn die Ansprüche auch der übrigen Gläubiger befriedigt seien, und daß der Hypothekengläubiger als Treuhänder der übrigen Gläubiger dem Hypothekenschuldner gegenüber berechtigt wie verpflichtet sein sollte, die Befriedigung der übrigen Gläubiger aus dem nach seiner eigenen Befriedigung verbleibenden Reste der Hypothek zu bewirken.

2. SchlHolstAnz. **10** 221 (Kiel). Die Eintragung einer Sicherungshypothek zugunsten einer Stadtgemeinde bei Genehmigung eines Umbaues, um sie im Falle der Enteignung gegen Ansprüche von Sondernachfolgern auf Leistung des durch den Umbau herbeigeführten Mehrwerts des Hauses zu sichern, ist zulässig.

3. **RG.** ZBlFG. **10** 757. Wer unter Bestellung einer Sicherungshypothek für einen Vermittler von diesem ein Darlehen erhalten zu haben bekennt und dem Vermittler die Schuldurkunde mit dem Auftrag aushändigt, die Valuta durch Zession zu beschaffen, tritt zu dem demnächstigen Zessionar in ein unmittelbares Schuldverhältnis und kann Einreden aus der Person des Vermittlers, insbesondere die Einrede, die Vatula vom Vermittler nicht erhalten zu haben, gegenüber dem Zessionar nicht erheben.

4. Fromm, GruchotsBeitr. **54** 69. Zwei Kapitel über die Sicherungshypothek des § 848 ZPO. S. dazu Voß, ZBlFG. **11** 399—408.

§ 1186. **RG.** R. **10** Nr. 1751. Eine Sicherungshypothek kann nachträglich in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden. Alsdann wird § 1138 BGB. anwendbar.

§ 1189. 1. Müller, Die Rechtsstellung des Treuhänders im Falle der §§ 1187—1189 BGB. (8) Die Treuhänderstellung gehört zum Inhalte der Hypothek.... (9) Es erscheint nicht statthaft, die Bestellung auf einen Teil der Hypothek zu beschränken.... (10) Nicht erforderlich ist die Einigung mit dem Treuhänder selbst, weil er kein Sachenrecht erwirbt.... (12) Die Rechtsstellung des Treuhänders wird lediglich durch das sachenrechtliche Geschäft in Verbindung mit der Eintragung geschaffen, sie erhält durch Annahme des Amtes nur die nötige praktische Ergänzung. Darüber, wer Treuhänder sein kann, hat sich das Gesetz nicht ausgelassen. Man wird daher die Bestimmung des § 165 BGB. analog anzuwenden haben. Auch eine juristische Person kann Treuhänder sein. In der Praxis wird dies sogar der Normalfall sein. Zweifelhaft erscheint die Frage bei der offenen Handelsgesellschaft, der ja die Wissenschaft und auch die Praxis die Rechtspersönlichkeit abspricht. Das Handelsgesetzbuch (§ 124) läßt aber ihre Stellung der einer juristischen Person so verwandt erscheinen, daß man wohl ihre Zulassung zur Treuhänderstellung annehmen darf (Bedenken hiergegen nur bei Endemann 874). Keine Bedenken bestehen gegen die Bestellung des ersten Gläubigers selbst.... (13) Für die Eintragung selbst gelten die allgemeinen Vorschriften der GBO. Es ist insbesondere, um das Grundbuchamt in Tätigkeit zu setzen, die einseitige Bewilligung des Eigentümers auch dann genügend, wenn es materiell der Einigung bedarf, allerdings nur, wenn der Treuhänder gleichzeitig mit der Hypothek bestellt wird. Nachher bedarf es stets der formellen Bewilligung auch sämtlicher Gläubiger, da dann deren erworbenes Recht betroffen wird (Biermann, SR. 413; Planck III 709). Über den Inhalt der Eintragung herrscht Streit. Meist verlangt man die Eintragung auch des Namens des Treuhänders (Oberneck 975; Güthe I 806; Planck III 709; Förster I 1009; Staudinger III 792). Verneint wird dies Erfordernis von Fuchs I 613. Die erste Ansicht scheint begründet.... (14) Nicht verlangen darf man hingegen einen Vermerk des Grundbuchamts auf dem zu sichernden Papiere, sofern Hypothek und Treuhänder gleichzeitig bestellt werden.... (17) Es muß den materiell Beteiligten unbenommen sein, im Wege der Vereinbarung den Inhalt ihrer Hypothek zu bestimmen, auch soweit es sich um die Stellung des Treuhänders handelt. Zur Änderung wie zur Aufhebung der Stellung bedarf es darum nur ihrer Einigung; natürlich müssen alle Gläubiger und der Eigentümer mitwirken. Eine einseitige Abberufung durch Eigentümer oder Gläubiger ist grundsätzlich ausgeschlossen. Nicht erforderlich ist die Zustimmung des Treuhänders selbst.... (18) Die Abberufung muß auch — analog der Vollmacht — dann zulässig sein, wenn ein länger dauernder obligatorischer Vertrag mit dem Treuhänder abgeschlossen ist. Nur werden ihm eventuelle Ansprüche auf Vergütung erhalten bleiben.... (19) Die Frage, ob das Erlöschen etwa vorhandener obligatorischer Beziehungen ohne weiteres die Stellung überhaupt zum Erlöschen bringt, ist zu verneinen.... Ebenso zu beurteilen ist eine Niederlegung des Amtes durch den Treuhänder. Ob für den wegfallenden Treuhänder ein anderer eintreten kann, richtet sich lediglich nach der Bestellung.... (20) Bei der Beantwortung der Frage, ob das Erlöschen der Stellung durch Eintragung ins Grundbuch bedingt ist, hat man zwischen den Fällen rechtsgeschäftlicher Aufhebung und den natürlichen Gründen des Erlöschens durch Wegfall des Treuhänders zu unterscheiden. Ist der Treuhänder gestorben usw., so bedarf es selbstverständlich keiner Eintragung mehr. Erfolgt eine solche dennoch, so trägt sie lediglich Berichtigungscharakter (Predari 592; Biermann, SR. 415). Erforderlich für die Beendigung der Stellung ist aber die Eintragung stets dann, wenn die Aufhebung durch Vereinbarung des Eigentümers mit dem Gläubiger erfolgt. Gleiches wird dann anzunehmen sein, wenn die Beendigung in anderer, bei der Bestellung vorgesehener, rechtsgeschäftlicher

Weise herbeigeführt wird; z. B. durch Vereinbarung zwischen Eigentümer und Gläubigerversammlung.... (21) Ebenso ist im Falle der Niederlegung des Amtes oder des Erlöschens des obligatorischen Vertrags das Erlöschen der Vertretungsmacht durch die Einigung bedingt.... (25) Maßgebend für den Umfang der Befugnisse des Treuhänders ist lediglich die Bestellung. Ist hier hinsichtlich der Verfügungen nichts gesagt, so stehen ihm überhaupt keine zu. Ohne Bezeichnung des Umfanges ist die Eintragung hinsichtlich der Verfügung „ein bedeutungsloses Blankett" (Predari 592).... (26) Die Verfügungsbefugnis betrifft nach § 1189 lediglich die Hypothek; nur dieses dingliche akzessorische Recht unterliegt der Verfügungsbefugnis des Treuhänders (Kretzschmar 409; Planck III 711). Aufs entschiedenste ist zu betonen, daß dem Treuhänder als solchem niemals eine Befugnis zur Verfügung über die persönliche Forderung eingeräumt werden kann.... Zu den absolut auszuschließenden Momenten gehört insbesondere die Empfangnahme von Zahlungen.... (28) Da die Kündigung zur zweckentsprechenden Wahrung der Gäubigerrechte vielfach erforderlich ist, so erscheint es geboten, in bewußter Ausnahme vom Prinzip eine Ermächtigung des Treuhänders als solchen zur Kündigung zuzulassen.... (29) Eine weitere Beschränkung ergibt sich aus der engen Verbindung von Forderung und Hypothek in Verbindung mit dem Umstande, daß die Forderung in dem Papiere verkörpert wird. § 1153 BGB. wird durch die Bestellung des Treuhänders nicht außer Kraft gesetzt; § 44 GBO. betrifft nur grundbuchliche Voraussetzungen. Der Treuhänder ist darum nicht in der Lage, Zessionen der Hypothek vorzunehmen, weil er die Forderung mangels Besitzes der Papiere nicht übertragen kann. Ein gleiches gilt von der Verpfändung.... (30) Geltendmachung eines Rechtes ist jede Art der Ausübung, sowohl die gerichtliche, als auch die außergerichtliche.... (33) Als zulässige Geltendmachungsakte werden insbesondere erscheinen: die Kündigung, Mahnung, Fristsetzung aus § 1133 BGB., die hypothekarische Klage, die Zwangsvollstreckung auf Zahlung an den Gläubiger oder Hinterlegung, die Einlegung von Rechtsmitteln. Bei Zustellungen wird es auf den Inhalt des Schriftstücks ankommen; sie ist nur insoweit zuzulassen, als der Treuhänder zur Abgabe bzw. Empfangnahme der betreffenden Erklärung legitimiert ist.... (36) Ein Ausschluß der selbständigen Gläubigerrechte darf mit Rücksicht auf § 137 BGB. mit dinglicher Wirkung nicht zugelassen werden.... (46) Der Treuhänder handelt aus eigenem Rechte und in eigenem Namen. Damit entfällt aber eine echte Vertretung ohne weiteres.... (48) Der Treuhänder ist Träger selbständiger Rechte bezüglich einer fremden Vermögensmasse in ausschließlich fremdem Interesse.

2. *Engelhard, ZBlFG. **11** 291—296. Ein Pfandhalter für eine Hypothek für Teilschuldverschreibungen kann nach der Emission nur durch Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und der Gesamtheit der Gläubiger bestellt werden (KGJ. **30** A 284). Frage: Kann namens der **Gläubiger** die Gläubigerversammlung (§ 1 G. v. 4. Dezember 1899, die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen betr.) die Erklärung abgeben? — Es ist zu scheiden: a) War vor der Emission kein Pfandhalter bestellt, so wird man in der nachträglichen Bestellung eines solchen — jedenfalls wenn er unbeschränkte Verfügungsmacht über die Hypothek hat — eine eventuelle Aufgabe oder Beschränkung dieses Gläubigerrechts zu erblicken haben. Hierzu ist die Gläubigerversammlung nicht befugt (§ 11 d. a. G.). b) War dagegen vor der Emission ein Pfandhalter bestellt, der dann wegfiel, und soll nun für diesen ein Ersatz bestellt werden, so liegt in jener Erklärung der Gläubigerversammlung keine eventuelle Aufgabe oder Beschränkung des Hypothekenrechts; denn die Beschränkung durch den Pfandhalter gehörte von vornherein zum Vertragsinhalt und ist nicht größer, wenn A., als wenn B. Pfandhalter ist. Es kann

also durch Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und der Gläubigerversammlung ein Ersatz für den weggefallenen Pfandhalter bestellt werden (aM. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **09** 179).

3. Die Entsch. des OLG. Dresden JDR. **8** zu § 1189 Ziff. 1 auch OLG. **20** 423 und SächsOLG. **31** 167.

§ 1190. I. Die Forderung bei der Höchstbetragshypothek. 1. OLG. **20** 415 (KG.). Die Feststellung der Forderung kann nur durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner oder durch Urteil erfolgen (vgl. **RG. 51** 115, **55** 217, **56** 322). Wenn der Gläubiger lediglich erklärt, er sei wegen seiner Ansprüche aus der Sicherungshypothek von dem Grundstückseigentümer vollständig befriedigt, so fehlt der Nachweis einer vertrags- oder urteilsmäßigen Feststellung der Forderung. Mangels einer solchen läßt sich nicht entscheiden, ob und zu welchem Betrage sich die Hypothek auf Grund des § 1163 kraft Gesetzes in eine Grundschuld verwandelt habe.

2. Kettnaker, WürttZ. **10** 38—44. Zur Forderungsauswechselung bei Höchsthypotheken ist die Zustimmung der früheren Eigentümer erforderlich. § 1180 BGB. setzt, wie aus dem Gesetze hervorgeht, eine Forderung voraus. Bei der Sicherungshypothek kann sich der eingetragene Gläubiger zum Beweise seiner Forderung nicht auf das Grundbuch berufen, weil der öffentliche Glaube des Grundbuchs versagt. Er muß sonach in den Formen des § 29 GBO. beweisen, daß ihm eine Forderung in der eingetragenen Höhe und demzufolge auch die Hypothek in diesem Betrage zusteht. Diesen Beweis kann er gewöhnlich nur durch das Zeugnis des Hypothekenbestellers und der etwaigen Zwischeneigentümer führen. Denn jede dieser Personen kann — durch Nichtentstehen oder Erlöschen der Forderung — ein Recht aus der Hypothek erworben haben. AM. Rost, WürttZ. **9** 289 bis 292 und WürttZ. **10** 44/45.

3. KGJ. **39** A 256 (KG.). Die Verzinslichkeit und der Zinssatz der einer Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Forderung sind nicht eintragungsfähig.

4. *Beck, Maximaleigentümerhypothek, 51. Als die den Gegenstand der Sicherung einer Höchstbetragshypothek bildende Forderung ist nur diejenige anzusehen, die in dem maßgeblichen Zeitpunkte der Beendigung des Rechtsverhältnisses existiert. Jene Forderung kann aber schon vor diesem Zeitpunkt eine Wirkung entfalten und zwar in der Gestalt einer künftigen Forderung bzw. einer bedingten. Entsteht daher eine Forderung in dem Zeitraume zwischen Vereinbarung und Beendigung des Kontokorrentverhältnisses und bleibt sie unverändert bis zu dem letztgenannten Zeitpunkte bestehen, so hat ihr Vorhandensein im maßgeblichen Zeitpunkte der Beendigung des Rechtsverhältnisses die Bedeutung einer Feststellung, daß die Forderung, wenn auch nur in der Gestalt einer künftigen, so doch immerhin schon von der Bestellung der Höchstbetragshypothek ab bestanden hat. Da aber eine künftige Forderung gemäß § 1113 Abs. 2 BGB. als eine genügende Grundlage für ein Gläubigerrecht zu betrachten ist, so hat damit also auch (in der Höhe der entstandenen Forderung) die Höchstbetragshypothek von vornherein dem Gläubiger zugestanden. Die Auffassung Plancks, die Gläubigerhypothek könne erst im Zeitpunkte der Entstehung der unter die Höchstbetragshypothek fallenden Einzelforderungen zur Entstehung gelangen, muß hiernach abgelehnt werden.

II. Die Abtretung der Höchstbetragshypothek. 1. OLG. Dresden, SächsOLG. **31** 274, R. **10** Nr. 3930. Eine Höchstbetragshypothek kann vor Entstehung oder völliger Entstehung der durch sie gesicherten (Baugeld-) Forderung unter dem Vorbehalte künftiger Entstehung und Überganges der Forderung abgetreten werden.

2. LG. Mainz, HessRspr. **11** 75. Selbst wenn bei einem Teile der übertragenen Höchsthypothek eine Forderung fehlt, so kann dies die Übertragung der Hypothek nicht hindern. Das Gesetz läßt von dem Grundsatze des § 1153 Abs. 2 BGB. eine Reihe tiefeinschneidender Ausnahmen zu. Nach § 1190 Abs. 4 BGB. kann die Forderung ohne die Hypothek übertragen werden. Es ist auch zulässig, bei einer Zession die besondere Vereinbarung zu treffen, daß der bisherige Schuldner dem Zessionare gegenüber von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei wird, so daß nur das hypothekarische Recht allein verbleibt. Dies bedeutet im Grunde nichts anderes, als die Übertragung der Hypothek allein (v. Staudinger § 1153 BGB. Note 2). Diese Ausnahmen beweisen, daß § 1153 BGB. nur beschränkte Geltung hat, die Normen des § 1153 können nur so lange gelten, als Hypothek und Forderung zusammen bestehen. Damit stimmt auch der Satz überein, daß für die Hypothek die Verbindung von Forderung und Hypothek kein Begriffselement ist (v. Staudinger § 1153 BGB. Note 2 und § 1113 I Note 2). Wenn nunmehr § 1190 Abs. 4 BGB. gestattet, einzelne Forderungen aus dem durch die Hypothek gesicherten Verhältnis ohne die Hypothek zu übertragen (§§ 398 ff. BGB.), so kann es auch dem Gläubiger selbst nicht verwehrt werden, einzelne Forderungen für sich ohne die Hypothek vorzubehalten, und im übrigen die Restforderung samt der ganzen Hypothek auf einen Dritten zu übertragen. Im Grunde genommen wird hier ein Teil der Hypothek allein übertragen, was nach Lage der Sache nicht zu beanstanden sein dürfte; nimmt man aber an, daß die Kautionshypothek mit ihrem ganzen Höchstbetrage für die übertragenen und die noch erwachsenden Forderungen haftet, so wäre gleichwohl eine Forderung gegeben, die der ganzen Hypothek zugrunde läge.

3. Die Entsch des OLG. Dresden JDR. 8 zu § 1190 Ziff. IV 2 auch Sächs. OLG. **31** 274.

III. Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek. 1. *Beck, Maximaleigentümerhypothek, 62 f. Die während des Bestehens eines Kontokorrentverhältnisses durch den persönlichen Schuldner herbeigeführte Befriedigung des Gläubigers hat zugleich ein Erlöschen der einzelnen Kreditposten zur Folge. Da hiernach im Momente der Schlußabrechnung solche Posten nicht vorhanden sein können, aus denen sich die Forderung zusammensetzen müßte, so ist hier also die „Forderung" i. S. des § 1190 BGB. nicht zur Entstehung gelangt. Damit ist aber festgestellt, daß auch vor jenem Zeitpunkt eine Forderung niemals bestanden hatte. Hatte die Forderung i. S. des § 1190 BGB. damit aber auch im Zeitpunkte des Erlöschens der Kreditposten nicht existiert, so konnte sie in jenem früheren Zeitpunkt auch nicht erlöschen. — Anders im Falle des § 1143 BGB. Wird hier der Gläubiger ebenfalls befriedigt, indem er wiederum Zahlung in Höhe der Ersatzposten erhält, wird die Befriedigung aber im Gegensatze zu obigem Falle von einem — in das zwischen Kreditgeber und -nehmer bestehende Rechtsverhältnis an Stelle des Gläubigers eintretenden — Dritten bewirkt, so findet hier kein Erlöschen der Kreditposten statt. Diese bleiben vielmehr bestehen. Sie sind daher — wenn nicht inzwischen ihre Tilgung durch den persönlichen Schuldner erfolgt — auch noch im maßgebenden Zeitpunkte der Schlußabrechnung vorhanden, um nun in ihrer Gesamtheit als „die Forderung" i. S. des § 1190 BGB. zum Vorscheine kommen zu können. Da diese Forderung aber als eine künftige auch auf die Vergangenheit zurückwirken kann, so war die Forderung, wenn auch nur als künftige, so doch nach § 1163 Abs. 2 BGB. immerhin als obligatorische Grundlage einer Hypothek schon von der Bestellung der Hypothek ab vorhanden. Hatte sie damit jedenfalls auch schon im Moment der Befriedigung des Gläubigers existiert, so war sie auch imstande, in jenem Zeitpunkt auf den befriedigenden, bloß dinglich haftenden Eigentümer überzugehen. Den Gegenstand des Überganges bilden also nicht die

einzelnen Kreditposten, sondern die Forderung i. S. des § 1190 BGB. selbst, wenn auch nur in ihrer interimistischen Gestalt als künftige Forderung. Hieraus geht aber hervor, wie unberechtigt es ist, zu sagen: weil eine Forderung bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht vorhanden ist, so könne auch von einem Übergange jener nicht die Rede sein. Während des Bestandes des Rechtsverhältnisses sind zwar nicht §§ 1163 Abs. 1 Satz 2 und 1164 bzw. 1174, wohl aber §§ 1143, 1150 bzw. 1173 anwendbar; nicht zu billigen ist daher die Ansicht von Horn und von Fuchs, welche sowohl §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164, 1174, wie §§ 1143, 1150 und 1173 in jenem Zeitraume für unanwendbar erklären. Der Übergang der Forderung ist vielmehr möglich, er vollzieht sich aber, wie der analog zu behandelne Fall der §§ 1181, 1182 zu erkennen gibt, nicht unter der Bedingung, daß die Forderung insoweit hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt, sondern bedingungslos! Die Befriedigung des Gläubigers durch Zahlungen des persönlichen Schuldners hat also überhaupt keinen Hypothekenerwerb zur Folge, während der Befriedigung des Gläubigers durch den bloß dinglich haftenden Eigentümer bzw. ablösungsberechtigten eine unbedingte hypothekenerwerbende Wirkung zukommt.

2. BGB. = Kommentar von Reichsgerichtsräten I 1138. Die Hypothek soll nach der herrschenden Meinung von vornherein dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zustehen, auch wenn die gesicherte Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Erst wenn bei der späteren Feststellung nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, auf die der Gläubiger ein Recht habe, sich ergebe, daß gesicherte Forderungen nicht mehr entstehen könnten, und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen, soll, soweit der Höchstbetrag durch die entstandenen Forderungen nicht ausgefüllt werde, die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf den Eigentümer übergehen (**RG. 51** 117, **55** 221, **61** 43; GruchotsBeitr. **48** 606, **52** 1070; RJA. **4** 242, **5** 272, **9** 65; OLG. **4** 74, 377, **11** 210, **16** 329). Es ist jedoch der Ansicht beizustimmen, daß die Höchstbetragshypothek ebenso wie sonst eine Hypothek, die für eine künftige Forderung bestellt ist, zunächst dem Eigentümer gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 als Grundschuld zusteht und vom Gläubiger als Hypothek erst erlangt wird, wenn und soweit die Forderung zur Entstehung gelangt. Vorher kann eine Hypothek wegen Fehlens einer Forderung für den Gläubiger nicht bestehen. Andererseits aber hat der Eigentümer die Grundschuld nicht von vornherein als unbedingtes Recht in seinem Vermögen. Vielmehr ist der Erwerb der Grundschuld in der Weise auflösend bedingt, daß, wenn während der Dauer des Rechtsverhältnisses, das die Grundlage der hypothekarischen Sicherung bildet, und bis zur vorbehaltenen Feststellung Forderungen der betreffenden Art entstehen, die Grundschuld als Hypothek für diese Forderungen auf den Gläubiger übergeht. Dies folgt daraus, daß der Vorbehalt der Feststellung der Forderung zum Wesen der Höchstbetragshypothek gehört. Erst wenn diese Feststellung getroffen wird, und sich dabei ergibt, daß eine den Höchstbetrag erreichende Forderung weder entstanden ist noch (z. B. wegen Aufhören des Rechtsverhältnisses) entstehen kann, steht dem Eigentümer, soweit die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag anfüllen, eine vollwirksame Grundschuld zu.

3. Die Pfändung der Höchstbetragseigentümerhypothek. *Beck, Maximaleigentümerhypothek, 108 f. In v. Staudingers Komm. zum BGB. wird aus der in den Entsch. des **RG. 51** 132 enthaltenen Ausführung: „Soweit ihrem (Klägerin) Schuldner aus abgeschlossenen Kreditgeschäften schon bestimmte Ansprüche gegen die Beklagten zustehen mochten, konnten diese freilich von der Klägerin gepfändet werden" als argumentum e contrario gefolgert, daß das RG. die Pfändung insoweit für unzulässig erklärt, als es sich nicht um bestimmte, schon erworbene und einen Vermögenswert in sich tragende Rechte des Eigentümers handelt. Aber zu Unrecht! Denn das RG. hätte sich sonst in Widerspruch gesetzt

mit seiner weiteren Ausführung (ebenfalls **RG. 51** 132), daß „... derjenige Teil einer Höchsthypothek, der nach Abwickelung der Kreditgeschäfte möglicherweise von gegenüberstehenden Forderungen des Sicherungsgläubigers freibleibt und solchenfalls nach § 1163 Abs. 1 dem Eigentümer zusteht, gleich bedingten und betagten Forderungen des Eigentümers schon im voraus gepfändet werden kann". Die Lösung der Frage kann nur darin gefunden werden, daß es sich in beiden Fällen um ganz verschiedene Ansprüche handelt: in dem einen Falle um ein bestimmtes dingliches Recht, während in dem anderen Falle obligatorische Ansprüche in Frage stehen. Dabei ist ferner übersehen, daß vom RG. nicht auf „bestimmte Ansprüche", sondern auf „Ansprüche aus abgeschlossenen Kreditgeschäften" und zwar im Gegensatze zu dem Rechte auf fernere Ausnützung des Kredits abgestellt wird.

§ 1198. 1. KG., KGJ. **39** A 240, SeuffBl. **10** 56. Die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek kann nicht ohne die mindestens gleichzeitige Abtretung des dinglichen Rechtes an einen neuen Gläubiger erfolgen. Sie erfordert materiell-rechtlich Einigung des Eigentümers und des neuen Gläubigers. Formellrechtlich genügt zur Eintragung der Rechtsänderung die Bewilligung des Eigentümers, daß er die als Grundschuld auf ihn übergegangene Hypothek an einen Dritten abtrete und sie zugleich in eine Hypothek für die anzugebende Forderung dieses Dritten umwandele. Der Bewilligung des neuen Gläubigers bedarf es nicht.

2. **RG. 73** 50. Den Umstand, daß der Eigentümer die Eigentümergrundschuld zunächst in eine Sicherungshypothek umgewandelt und dann erst abgetreten hat, hat der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum für einflußlos erachtet. Er faßt den Vorgang als einen einheitlichen Akt auf, der nicht genau beurkundet worden, dessen Sinn aber nicht zweifelhaft sei. Man habe keineswegs für die Eheleute B., sondern für deren Zessionar, den Beklagten, die Sicherungshypothek begründen wollen. Hiergegen ist, da es sich um eine Auslegung handelt, die in der Urkunde genügenden Anhalt hat, nichts einzuwenden.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Literatur: Francke, Eigentumsvorbehalt und Pfändung, BuschsZ. **40** 461—468. — Fuchs, Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen, ABürgR. **34** 366—438. — Gravenhorst, Eintragungsfähigkeit der Unterwerfungsklausel in das Schiffsregister, GruchotsBeitr. **54** 798—808.

§ 1204. 1. — Vgl. zunächst Francke, JDR. **6** Ziff. 1. — Francke, BuschsZ. **40** 461 ff. Durch Pfändung einer Sache entsteht nicht nur dann Pfandrecht, wenn sie dem Schuldner zu eigen gehört, sondern auch schon dann, wenn sie sich nur in dessen Gewahrsame befindet; freilich besteht das letzterenfalls entstehende Pfandrecht nur so lange, als nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht des Schuldners oder eines Dritten klargestellt und nicht etwa durch entgegenstehende Befugnis des Gläubigers ausgeschlossen oder aufgehoben ist. Vorbehaltenes Eigentum hindert zwar an sich Veräußerung seitens eines Gläubigers des Schuldners, der unter dem Eigentumsvorbehalt erwarb. Aber vorbehaltenes Eigentum hört auf, sobald der Eigentümer Erfüllung derjenigen Ansprüche erhält oder ohne Grund zurückweist, um derentwillen er sich das Eigentum vorbehielt. Diese Erfüllung kann nach § 267 BGB. durch den Gläubiger des Schuldners erfolgen, wenn nicht der Schuldner ihm gegenüber gültig widerspricht; ein gültiger Widerspruch kann demjenigen gegenüber nicht erfolgen, der alle Ansprüche pfänden ließ, die dem Schuldner aus dem durch den Widerspruch berührten Vertrage zustehen.

2. M. Wolff, Sachenrecht 432—437, über das Wesen des Pfandrechts als

eines Verwertungsrechts und gegen die Theorien von der Realobligation und der dinglichen Schuld.

§ 1205. Verpfändung von Holzlagern (JDR. **6**, 7 Ziff. 2, 8 Ziff. 3). **RG.** 1. 7. 10, **74** 146 ff., JW. **10** 816, BankA. **10** 12. In der bloßen gesonderten Aufstapelung der für die Verpfändung bestimmten Hölzer auf dem Holzplatze des Schuldners und in der Anbringung von Pfandtafeln mit entsprechender Aufschrift ist eine Übergabe nicht zu finden; es müssen die Hölzer dem tatsächlichen Machtbereiche des Schuldners entzogen worden sein.

§ 1213. Abs. 2. *Schwabe, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht JheringsJ. **58** 314 (vgl. auch bei § 273 Ziff. 1 c und § 274 BGB. und bei §§ 369 und 371 HGB.). Obwohl das Gesetz eine allgemeine Erstattungspflicht, wie sie nach § 1041 BGB. für den Nießbraucher besteht, dem Pfandgläubiger ausdrücklich nicht auferlegt, ist auch dieser — und ebenso der ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht ausübende Gläubiger — dem Schuldner gegenüber verpflichtet, die zur Erhaltung der Pfandsache in ihrem wirtschaftlichen Bestand unerläßlich notwendigen Verwendungen, deren Ersatz ihm das Gesetz sichert, aufzuwenden.

§ 1218. Über entsprechende Anwendung des im § 1218 ausgesprochenen Gedankens **RG.** 8. 7. 10, **74** 154 vgl. u. zu § 1233.

§ 1223. **RG.** 4. 3. 10, JW. **10** 391. Auch der Verpfänder, der zugleich der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung ist, kann, sobald er als Schuldner zur Leistung berechtigt ist, die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen. Er kann dieses Recht geltend machen, ohne daß er sich vorher zur Tilgung der Schuld bereit erklärt hat. Vgl. auch OLG. Bamberg, JDR. **6**.

§ 1228. 1. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 237. Der Pfandgläubiger veräußert das Pfand im eigenen Namen kraft seines Pfandrechts.

2. DJZ. **10** 375 (Colmar). Der noch nicht verkaufsberechtigte Pfandgläubiger ist zur Antragstellung auf Vermittlung der in den §§ 86 ff. FGG. geregelten Auseinandersetzung befugt; nicht aber kann er die letztere gegen den Willen der außer seinem Schuldner Beteiligten, also im Prozeßwege, herbeiführen.

§ 1229. 1. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 397. Der wesentliche Inhalt des Pfandrechts am Gelde ist das Recht des Pfandgläubigers, nach der Pfandreife durch Eigenbesitzergreifung Eigentum an den ihm gebührenden Geldstücken zu erlangen.

2. SeuffA. **65** 460 (Hamburg). Die Vereinbarung des Pfandverfalls ist wirkungslos, auch wenn ein Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt, weil die Sache dem Gläubiger nicht übergeben wurde, denn die Zweckbestimmung der Vorschrift des § 1229 trifft ebenso zu, wenn der Gläubiger ein wirkliches Pfand besitzt, wie wenn er es nur zu haben vermeint.

§ 1233. **RG.** 8. 7. 10, **74** 151 ff., JW. **10** 816, DJZ. **10** 1354. Der in §§ 1228, 1233 ff. BGB. geordnete Pfandverkauf ist allerdings zunächst lediglich ein Recht, nicht eine Pflicht des Pfandgläubigers. Stehen aber bei einem vertragsmäßigen Pfandrechte dem Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers andere Mittel als der dem Pfande innewohnende Geldwert nicht zur Verfügung, so kann der Schuldner auch seinerseits die Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfande anstreben. Er kann zu diesem Zwecke verlangen, daß der Gläubiger das Pfand unter angezeigt erscheinenden Sicherungsvorkehrungen herausgebe. Er kann auch, wenn der Gläubiger hierauf nicht eingehen will, den Gläubiger ersuchen, sich selbst der Besorgung der Versilberung zu unterziehen, wofür der Gläubiger unter Umständen wie ein Bankier eine Provision mag berechnen dürfen. In diesen Fällen handelt es sich nicht um einen gegen den Schuldner gerichteten Pfandverkauf, sondern um Maßnahmen, die dazu dienen sollen, dem Schuldner das Geld zur Befriedigung des Gläubigers zu verschaffen. Darauf, daß der Gläubiger ihm hierzu behilflich sei, hat der Schuldner gemäß § 242 und in entsprechender Anwendung des § 1218 BGB. einen Anspruch.

§ 1235. Darüber, ob der Gläubiger die öffentliche Versteigerung, die mehr Kosten macht, auch wählen darf, wenn er ebenso leicht freihändig verkaufen könnte und wenn von der Versteigerung kein höherer Erlös zu erwarten ist, vgl. M. Wolff, Sachenrecht 575.

§ 1247. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 387 ff. Im Falle der Nichtbarzahlung des Erlöses tritt die Forderung gegen den Ersteher an die Stelle des Pfandes. Am Gelderlös erwirbt der Pfandgläubiger Eigentum nicht ipso iure, sondern durch Eigenbesitzergreifung. Kein Miteigentum mehrerer Pfandgläubiger (400/7).

§ 1254. M. Wolff, Sachenrecht 592. Die Frage, wie sich der Rückgabeanspruch des Verpfänders zu dem des Eigentümers verhält, ist aus dem Prinzipe des § 986 zu entscheiden. Ist der Verpfänder dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, z. B. als Mieter, so kann er Rückgabe der Sache an sich selbst fordern, der Eigentümer kann dagegen nur verlangen, daß die Sache dem Verpfänder herausgegeben werde, außer wenn dieser zur Wiederübernahme der Sache nicht bereit ist. Ebenso muß die extreme Wirkung des internen Verhältnisses anerkannt werden, wenn dem Verpfänder ein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer fehlt; dann kann der Eigentümer Herausgabe an sich selbst, der Verpfänder aber Herausgabe nur an den Eigentümer fordern.

§ 1257. Über *Fuchs, Das gesetzliche Pfandrecht an bedingt übereigneten Sachen, ABürgR. **34** 368 ff. s. o. Ziff. 3 zu § 161.

§ 1260. 1. *Gravenhorst, GruchotsBeitr. **54** 798 ff. Nicht eintragungsfähig ist die in gerichtlicher oder notarieller Urkunde erfolgte Erklärung des Schiffseigners, daß er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer wie gegen den jeweiligen Eigenbesitzer unterwerfe. Denn eine solche Urkunde würde dem Schiffspfandgläubiger keinen Vollstreckungstitel gewähren: nach § 794 Ziff. 5 ZPO. findet die Zwangsvollstreckung aus guarantigiierten Urkunden nur statt, wenn der Anspruch, über den sie errichtet sind, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat. Der Anspruch des Schiffspfandgläubigers aber geht nach § 1204 BGB. darauf, daß er berechtigt sei, die Befriedigung aus dem Schiffe zu suchen. Darum existiert auch für das Schiffspfandrecht keine dem § 800 ZPO. entsprechende Vorschrift, wonach die Unterwerfungsklausel der Eintragung in das Schiffsregister bedürfte, um gültig zu sein.

2. **a**) KG., RJA. **10** 122 ff. Ist der als Schiffseigentümer Eingetragene nicht der wahre Eigentümer, so ist die Pfandbestellung auch dann unwirksam, wenn der Pfandgläubiger in gutem Glauben an das Eigentum des Bestellers sich befunden hat, denn § 892 ist nicht anwendbar. AM. Boyens, Deutsches Seerecht I 113 Note 15, II, 37 Note 4. **b**) ZBlFG. **10** 483, RJA. **10** 122 (KG.). Die Eintragung eines Schiffspfandrechts im Schiffsregister mit dem Vermerke, daß sich der Eigentümer in Ansehung des Schiffpfandrechts der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe und die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer oder Eigenbesitzer statthaft sein solle, ist unzulässig.

3. LG. Hamburg, HansGZ. **10** Hptbl. 1154. Derjenige, dem der ins Schiffsregister als Alleineigentümer Eingetragene ein Pfandrecht eintragen läßt, erwirbt ein solches nicht, wenn der Besteller nicht Alleineigentümer des Schiffes war.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. 1. *Süß, Abtretung künftiger Ansprüche. Wegen des Formerfordernisses des § 1280 können nur künftige Ansprüche aus bestehendem Grundverhältnisse verpfändet werden. (S. auch o. § 198 Ziff. 1 u. Ziff. 2 a zu § 398.)

2. a) *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 422 ff. Der „Pfandgläubiger an der eigenen Schuld" befriedigt sich aus der belasteten Gegenforderung durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger der Gegenforderung. b) *Hirsch I 318 ff. über den Begriff des Rechtes am Rechte. c) Hirsch I 261 ff. Jeder Rechtspfandgläubiger, auch der Forderungspfandgläubiger, ist zur Veräußerung des Rechtes befugt.

§ 1274. SeuffBl. **10** 719 (KG.). Ein vertragliches Pfandrecht an dem Nießbrauchsrecht ist unzulässig. Auch die Verpfändung der Ausübung des Nießbrauchs begründet kein dingliches Recht an dem Nießbrauchsrecht.

§ 1276. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 257 ff. Die Zustimmung des Pfandgläubigers gehört zum Tatbestande der Verfügung. Das Rechtspfandrecht hat daher nicht nur die Wirkung eines Verfügungsverbots.

§ 1280. 1. M. Wolff, Sachenrecht 605. Wird die Verpfändung einer Gesamtschuld nur einem der Gesamtschuldner angezeigt, so ist nur die gegen ihn gerichtete Forderung wirksam verpfändet; wird dagegen eine Gesamthandsschuld verpfändet und die Verpfändung nur einem der Gesamthänder angezeigt, so ist — sofern dieser nicht Vertretungsmacht für die Gesamtheit hatte — das Pfandrecht überhaupt noch nicht entstanden. Wenn eine durch Bürgen gesicherte Forderung verpfändet werden soll, so ist eine Anzeige an den Hauptschuldner erforderlich und ausreichend.

2. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 327 ff. Das Forderungspfandrecht entsteht durch Verdoppelung von Befugnissen der Forderung aus dieser.

§ 1282. 1. a) *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 291 ff. Die die Erfüllung vorbereitenden Handlungen nehmen auch nach der Pfandreife Gläubiger und Pfandgläubiger jeder selbständig vor. b) *Hirsch I 283 ff. Die Einziehung umfaßt die Annahme der Leistung und alle die Annahme vorbereitenden Handlungen.

2. **RG.** 13. 11. 09, JW. **10** 20. Der Gläubiger muß allerdings die Interessen des Pfandschuldners insoweit wahrnehmen, als dies ohne Beeinträchtigung seiner eigenen Rechte und Interessen möglich ist. Er hat namentlich den Geldbetrag der fälligen verpfändeten Forderung rechtzeitig zu heben. Andererseits kann indessen dem Gläubiger nicht zugemutet werden, auf seine Gefahr behufs Beitreibung der fälligen Forderung, z. B. auf dem Wege des Prozesses oder in einem Zwangsversteigerungsverfahren, Aufwendungen zu machen.

§ 1287. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 374. Der Gläubiger erwirbt den Leistungsgegenstand kraft Gesetzes, obwohl der Pfandgläubiger das Erwerbsgeschäft im eigenen Namen abschließt. Der § 1287 gilt auch für Geldforderungen.

§ 1288. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 407 ff. Auch der Geldforderungspfandgläubiger erwirbt am Gelde durch Aneignung Eigentum.

§ 1289. *Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung I 279 ff. Der Unterschied zwischen dem Pfandrecht am Hauptanspruch und dem am Zinsanspruche liegt nicht im Inhalte, sondern im Entstehungstatbestande des Pfandrechts.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

§§ 1297 ff. *Süß, Grundgedanken des Übergangsrechts, vgl. unten zu **EG.** Art. 198.

§ 1298. 1. Zuständigkeit für den Anspruch aus § 1298 R. **10** Nr. 1388 (Braunschweig). Für Klagen auf Entschädigung wegen Rücktritts

vom Verlöbnis ist nicht der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gegeben, sondern das Gericht des Wohnsitzes des verklagten Verlobten zuständig.

2. Über Verlobungsgeschenke WürttJ. 22 279 (Stuttgart), bereits JDR. 8 Ziff. 2.

3. Abs. 3. Wichtiger Rücktrittsgrund. a) SeuffBl. 10 153 ff. (Zweibrücken). Als wichtiger Grund zum Rücktritte vom Verlöbnis ist es anzusehen, wenn die Regierung einem Beamten den Ehekonsens verweigert. Ist der Ehekonsens jedoch bereits erteilt, dem Beamten aber von seinem unmittelbaren Vorgesetzten eröffnet worden, die Ehebewilligung werde mit Rücksicht auf das später zur Kenntnis der Regierung gelangte, dem Verlobten bekannt gewesene Vorleben der Braut zurückgezogen werden, so darf der Verlobte nicht ohne weiteres vom Verlöbnisse zurücktreten. Maßgebend für die an sein Verhalten zu stellenden Anforderungen erscheint die Handlungsweise eines anständig und rechtlich denkenden Mannes; dazu gehört aber die Bekämpfung von Hindernissen, die sich dem Heiratsprojekt entgegenstellen. Der Verlobte müßte darum eine definitive Entscheidung der Frage unter Verteidigung des von ihm eingenommenen Standpunkts herbeiführen b) OLG. 21 210 (Braunschweig). Die Krankheit eines der Verlobten rechtfertigt den Rücktritt vom Verlöbnisse, wenn sie das Glück der beabsichtigten Ehe bedroht. Das kann bei ekelhaften, ansteckenden, schweren unheilbaren oder wenigstens langwierigen Krankheiten zutreffen. Deshalb kann auch Tuberkulose der Braut einen wichtigen Rücktrittsgrund bilden (vgl. Neubecker, ABürgR. 31 265, OLG. 7 43). Voraussetzung ist aber weiter, daß die Krankheit erst nach dem Verlöbnis entstanden oder doch in ihrer bedrohlichen Form dem Zurücktretenden bekannt geworden ist. c) OLG. 21 210 (Braunschweig). Erfährt der Bräutigam nach der Verlobung, daß die Braut allgemein in schlechtem Rufe stehe, so ist sein Rücktritt gerechtfertigt, auch wenn der schlechte Leumund unbegründet ist.

§ 1300. a) **RG.** 22. 9. 10, JW. **10** 942, PosMSchr. **10** 184, führt in Übereinstimmung mit **RG.** 52 46 aus, daß der Verlobte, der die bis dahin unbescholtene Braut zum außerehelichen Beischlaf verführt, arglistig handeln würde, wenn er zum Beweis ihrer Bescholtenheit sich auf den mit ihm selbst vor dem Verlöbnisse gepflogenen Geschlechtsverkehr berufen würde. Ebenso OLG. 21 212, SchlHolstAnz. **10** 161 (Kiel). b) SeuffBl. **10** 530 (München). Zur Begründung des Entschädigungsanspruchs aus § 1300 genügt es, wenn das Eheversprechen während des Geschlechtsverkehrs vor irgend einer weiteren Beiwohnung erfolgt ist.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1314. SchlHolstAnz. **10** 324 (LG. Altona). Zur Beibringung des Zeugnisses nach § 1314 ist jeder Ehegatte verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob ihm die elterliche Gewalt zusteht oder nicht. Ebenso Opet, Familienrecht Anm. 1 zu § 1314.

§ 1317. Lemme, DJZ. **10** 253 f. Im Hinblick auf die §§ 1317, 1318 kann es seit Geltung des BGB. keinen Versuch der Bigamie geben, wenn lediglich der Standesbeamte die im § 1318 bezeichnete Frage gestellt hat; denn jene Fragestellung kommt bei der Eheschließung nicht als wesentliche Förmlichkeit in Betracht. Ein Versuch der Doppelehe wird vielmehr nur dann vorliegen, wenn lediglich der eine der beiden vor dem Standesbeamten Erschienenen den Eheschließungswillen zum unzweideutigen Ausdrucke gebracht hat, oder wenn der Standesbeamte, vor dem die beiden Erschienenen diesen Willen erklärt haben, zur Entgegennahme der Erklärung nicht bereit war (§ 1317 Abs. 1 Satz 2).

§ 1318. **RG.** (Straff.) **43** 221 ff. Die Formvorschrift des § 1318 steht, wenn auch in die Form einer „Sollvorschrift" gekleidet, nicht auf einer Stufe mit den

„instruktionellen, reglementären, geschäftsdienstlichen oder Ordnungsvorschriften" der StPO., deren Befolgung nach Lage des Falles unterbleiben kann. Das Gesetz hat vielmehr die ausnahmslose Befolgung der Formvorschrift des § 1318 BGB. dem Standesbeamten zur Pflicht machen wollen. Es begründet daher auch die Außerachtlassung dieser Sollvorschrift eine Strafbarkeit des Standesbeamten nach § 69 PStG.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Literatur: Marcus, Ist die Wirksamkeit der Eintragung einer formell nichtigen Ehe ins Heiratsregister davon abhängig, daß sich zwischen den Eingetragenen ein auf die Eheschließung bezüglicher Akt abgespielt hat? GruchotsBeitr. **54** 253—256.

§ 1324. 1. *Marcus, GruchotsBeitr. 54 253 ff. Die Wirksamkeit der Eintragung einer formell nichtigen Ehe ins Heiratsregister ist davon abhängig, daß sich zwischen den Eingetragenen ein auf die Eheschließung bezüglicher Akt abgespielt hat; und zwar ist dieser Akt keine Rechtshandlung, sondern ein tatsächlicher, auf Eheschließung gerichteter Vorgang. Er muß einen beiderseitigen Willensakt der Eingetragenen darstellen, der unmittelbar auf Begründung des ehelichen Verhältnisses gerichtet ist und die Ursache der Eintragung der Ehe ins Heiratsregister bildet.

2. *Klein, ÖstZBl. 28 642 ff. Das „Miteinanderleben als Ehegatten" ist Rechtshandlung im engeren Sinne. Der Eintritt der Rechtsfolge in BGB. § 1324 Abs. 2 ist nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß die Ehegatten in gutem Glauben waren, nicht um die Nichtigkeit der Ehe wußten (644).

§ 1325. **RG.** 7. 7. 10, **74** 110 ff., JW. **10** 816. Abs. 1 ist so auszulegen, als ob die Vorschrift lautete: „Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war oder sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand." Denn es ist undenkbar, daß, wenn der Zustand der Störung der Geistestätigkeit seiner Natur nach dauernd, die Störung der Geistestätigkeit krankhaft ist, das Erfordernis des Ausschlusses der freien Willensbestimmung hinzutreten müßte (§ 104 Nr. 2), dieses Moment aber fehlen dürfte, wenn die Störung nicht dauernd ist. Vielmehr ist anzunehmen, daß in jedem der beiden Fälle der Zustand ein die freie Willensbestimmung ausschließender ist.

§ 1333. 1. Vorehelicher Geschlechtsverkehr (JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 3c, **4** Ziff. 2c, **6** Ziff. IV 1, **7** Ziff. 1, **8** Ziff. II 1). **a) RG.** 2. 6. 10, JW. **10** 707. Der Ehemann kann die Ehe anfechten, wenn er zwar wußte, daß die Ehefrau sich vor Abschluß der Ehe einem anderen Manne hingegeben hatte, wenn ihm aber die Geburt eines außerehelichen Kindes verborgen geblieben war. **b) RG.** 10. 10. 10, JW. **10** 1004, PosMSchr. **10** 38. Dadurch, daß ein Mann schon vor der Ehe mit seiner künftigen Frau geschlechtlich verkehrt, legt er keineswegs immer an den Tag, daß ihm die Tatsache des früheren Geschlechtsverkehrs seiner Braut mit anderen Männern gleichgültig sein müsse. **c)** HansGZ. **10** Beibl. 194 (Hamburg). Ein Ehemann, dem vor der Eheschließung bekannt war, daß die Braut an Syphilis erkrankt gewesen ist, kann keinen Eheanfechtungsgrund daraus herleiten, daß sie einmal kurze Zeit unter Sittenkontrolle gestanden hat.

2. ElsLothJZ. **10** 364 ff. (Colmar) hält eine Ehefrau zur Eheanfechtung wegen Irrtums für berechtigt, weil ihr vor der Eheschließung unbekannt war, daß der Ehemann an chronischer Schuppenflechte litt.

3. Geistige Erkrankung (JDR. **7** Ziff. 2, **8** Ziff. II 3). **RG.** 24. 2. 10, **73** 134 ff., JW. **10** 334. Die unbestimmte Besorgnis vor dem künftigen Ausbruch einer Geisteskrankheit in Anbetracht mehrerer in der Familie des Ehegatten vor-

gekommener Fälle von derartigen Erkrankungen ist keine persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333. Selbst eine etwa durch nachherige Erkrankung feststellbare persönliche Veranlagung zur Geisteskrankheit stellt an und für sich noch nicht eine dem Wesen einer Person anhaftende Eigenschaft im Sinne des § 1333 dar. Ebenso **RG.** 24. 11. 10, WarnE. **11** 91.

4. Vor der Ehe verübte strafbare Handlungen des einen Teiles oder naher Verwandter (JDR. **1** Ziff. 4c, **8** Ziff. II 4). **a) RG.** 4. 4. 10, JW. **10** 475. Eine zweijährige Gefängnisstrafe, zu der der Ehemann wegen zahlreicher, von ihm als Lehrer an Schulmädchen, meist unter 14 Jahren, begangener unsittlicher Handlungen verurteilt wurde, fällt unter den Begriff der persönlichen Eigenschaft im Sinne des § 1333, denn die begangenen Straftaten sind nach Eigenart, Zahl und Begleitumständen als ein Ausfluß seines sittlichen Wesens und die erlittene, nicht geringe Strafe als ein seiner Persönlichkeit anhaftender Makel anzusehen. **b) RG.** 14. 4. 10, R. **10** Nr. 2199, PosMSchr. **10** 71. Darin, daß der Vater eines Ehegatten vor langen Jahren wegen Meineids mit Zuchthaus bestraft worden ist, liegt keine Eigenschaft dieses Ehegatten, welche den anderen zur Anfechtung der Ehe gemäß § 1333 berechtigt. In dem Verschweigen einer solchen Bestrafung des Vaters kann auch nicht ein solcher Mangel an Wahrheitsliebe und Aufrichtigkeit gefunden werden, daß dieserhalb eine Anfechtung der Ehe durch den anderen Ehegatten gerechtfertigt wäre.

5. **RG.** 4. 4. 10, JW. **10** 475, HansGZ. **10** Beibl. 259. Bei der Eheanfechtung gibt nicht das gegenwärtige Verhalten des anfechtenden Teiles den Ausschlag, sondern sein früheres Verhalten vor Eingehung der Ehe, das er nach der Vorstellung des Richters beobachtet haben würde. Deshalb kann bei der Anfechtungsklage niemals eine Verzeihung im Sinne des § 1570 vorkommen, sondern nur eine Bestätigung der Ehe im Sinne des § 1337 Abs. 2 oder ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht.

§ 1334. 1. **RG.** 28. 2. 10, R. **10** Nr. 1390. Die voreheliche Vorspiegelung der Frau, ihr uneheliches, aus dem Verkehre mit einem Ehemanne herrührendes Kind sei ein Kind ihres verstorbenen Bräutigams, berechtigt den Mann nicht zur Anfechtung, wenn er selbst während der Ehe ein ehebrecherisches Verhältnis mit einer verheirateten Frau angefangen hat.

2. HansGZ. **10** Beibl. 228 (Hamburg). Täuschung über die Vermögensverhältnisse reicht zur Anfechtung der Ehe nicht aus, wohl aber Täuschung der Braut und ihrer Eltern durch Vorlegen einer gefälschten Urkunde über geschäftliche Verhältnisse unter Bekräftigung mit Ehrenwort.

§ 1337. Bestätigung der Ehe (JDR. **5** Ziff. 2, **7** u. **8**). ElsLothJZ. **10** 423 (Colmar). Eine anfechtbare Ehe kann durch einseitige formfreie Willenserklärung und selbst stillschweigend bestätigt werden. Dies ist der Fall, wenn der anfechtungsberechtigte Eheteil nach Kenntnisnahme von der Anfechtbarkeit der Ehe dieselbe fortsetzt.

§ 1339. RG. R. **10** Nr. 1104. Unter Umständen kann von einer Entdeckung des Irrtums (Hysterie auf seiten der Frau) nicht gesprochen werden, solange der Kläger nicht auch über seinen Gesundheitszustand und die gerade hierdurch geschaffene Unmöglichkeit des Zusammenlebens mit der Beklagten aufgeklärt ist.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Literatur: Gauß, Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Stuttgart 1910. — Scriba, Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnisse. 1910. — Wasser, Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalte der Familie, DJZ. **10** 405—409. — Werner, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung. München 1910.

§§ 1353 ff. 1. *Scriba sucht unter Darlegung der historischen Entwickelung (3—33) die im BGB. erfolgte Regelung der persönlichen Rechtsstellung der Ehegatten unter dem Gesichtspunkt einer Organisation der ehelichen Gemeinschaft aufzufassen, wobei dem Manne die auf der einen Seite notwendige Verstärkung der gemeinschaftlichen ehelichen Rechte gegeben ist. Ein Übergewicht gegen die rein persönlichen Rechte der Frau ist nicht gewährt (insbesondere kein Vertretungsrecht, keine Einbuße der Verpflichtungsfähigkeit der Frau). Eine eheliche Vormundschaft des Mannes über die Frau existiert nicht nach BGB., auch keine eheherrliche Gewalt (vgl. 52, 60 ff., 97 ff.).

2. *Werner, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung, 7, 18 ff. Eheliche Lebensgemeinschaft ist die Gesamtheit der Momente, welche das Leben der Ehegatten zu einem dem Wesen der Ehe in jeder Beziehung entsprechenden gestalten. § 1353 umfaßt daher sämtliche Beziehungen zwischen den Ehegatten und ist nicht nur den §§ 1354—1361, sondern auch allen anderen Bestimmungen, welche die eheliche Lebensgemeinschaft beeinflussen, wie den §§ 10, 1746, 1783, 1934, 2077, 2265, 2275 Abs. 2, 2303 BGB. u. a. übergeordnet. Wegen jeder Verletzung des § 1353 in diesem allgemeinen Sinne steht dem verletzten Ehegatten die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu, also nicht nur bei räumlichem Verlassen, sondern bei Verletzung eines jeden der angeführten Paragraphen und aller ähnlichen Bestimmungen des privaten und öffentlichen Rechtes.

§ 1353. I. 1. *Gauß 11 ff. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist nicht wegen jeder Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Gatten zueinander hervorgehenden Pflichten zulässig (aM. Planck IV 93), sondern nur bei Verletzung einer Rechtspflicht. Wieweit eine Ehepflicht Rechtspflicht ist, kann nur aus dem Scheidungsrecht entnommen werden. Abzulehnen ist jedoch die Ansicht, daß als Rechtspflicht kraft indirekter Sanktion (im Scheidungsrechte) nur diejenige Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft gilt, deren Verletzung das eheliche Leben zerstört und das Scheidungsrecht begründet (so Endemann, BGB. (8/9) 290 ff., Schmidt, Hölders Kommentar § 1353). Denn danach wäre die Herstellungsklage nur dem Scheidungsberechtigten gegeben und das widerspräche dem Grundgedanken der Klage, der Erhaltung der Ehe zu dienen (15). Vielmehr hat auf eine Herstellungsklage schon dann, aber auch nur dann eine Verurteilung zu ergehen, wenn ein Gatte sich einer solchen Verletzung der ehelichen Pflichten schuldig macht, die nach richterlicher Überzeugung zum Entstehen eines Scheidungsgrundes voraussichtlich führen wird (20). Es läßt sich sonach (im Gegensatze zu Endemann aaO., Wetzel ABürgR. **26** 54 ff.) nicht ein Kreis von Rechtspflichten den Nichtrechtspflichten der Ehegemeinschaft gegenüberstellen, sondern es ist festzustellen, daß alle Ehepflichten Abstufungen haben können, wo sie nicht Rechtspflichten sind. Nur insoweit und auf der Stufe sind sie Rechtspflichten und mit der Herstellungsklage verfolgbar, wo ihre Verletzung entweder schon einen Scheidungsgrund bildet oder einen solchen voraussichtlich bilden wird (23).

2. Abs. 1. a) *Scriba 36 ff. Die häusliche Gemeinschaft ist keine absolut notwendige Vorbedingung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft tritt ein durch einen darauf gerichteten Willen; liegt jedoch die Abwesenheit des Ehegatten außerhalb des gewöhnlichen und natürlichen Laufes der Dinge, so macht es keinen Unterschied, ob die Abwesenheit auf freiem Entschlusse beruht oder ob sie infolge äußeren Zwanges stattfindet. b) *Scriba

38 ff. Alle unter dem allgemeinen Prinzipe der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verstehenden einzelnen (natürlich-sittlichen) Pflichten sind durch § 1353 zu Rechtspflichten erhoben (praktisch ergeben sich jedoch Beschränkungen, weil das Außerachtlassen der aus der ehelichen Lebensgemeinschaft abzuleitenden Pflichten [und das Zuwiderhandeln dagegen] nur so weit rechtliche Folgen hat, als es zur Begründung einer Klage auf Scheidung oder Herstellung des ehelichen Lebens geeignet ist).

3. Abs. 2. a) *Scriba 42. Der Ehegatte muß von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch machen; der Mißbrauch bezieht sich nicht auf den Inhalt des Verlangens, sondern auf das Verlangen selbst, auf die Umstände, unter denen der Ehegatte das Recht aus Abs. 1 ausübt. b) *Scriba 43. Mißbrauch liegt vor, wenn der andere Ehegatte eine erhebliche Schädigung seiner individuellen Interessen erleiden würde und bei verständiger Erwägung (und Abwägung) der ehelichen und der individuellen Interessen die Erfüllung der verlangten Pflicht dem anderen Gatten nicht zugemutet werden kann (vgl. Ziff. 4 zu § 1354). c) *Scriba 44. Hat ein Ehegatte wegen Verfehlung des anderen die Gemeinschaft verlassen, so kann bei einer späteren Klage des letzteren auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft von ihm keine Gewährleistung für seine Sinnesänderung verlangt werden. d) *Scriba 45. Abs. 2 enthält eine wirkliche Einrede des Beklagten, die er vorbringen und beweisen muß. e) *Scriba 47. Abs. 2 Satz 2 enthält einen neuen, selbständigen Grund, welcher zur Verweigerung des ehelichen Lebens berechtigt; er bezieht sich auch auf Scheidung wegen Geisteskrankheit.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 23. 6. 10, JW. **10** 817, PosMSchr. **10** 157, GruchotsBeitr. **54** 1031, HansGZ. **11** Beibl. 94. Ein Ehegatte hat grundsätzlich kein Recht, gegen den Willen des anderen Ehegatten die häusliche Gemeinschaft zu verweigern. Die häusliche Gemeinschaft folgt als eine Rechtspflicht aus dem im § 1353 Abs. 1 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze; sie gehört begrifflich zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Steht einer Ehefrau kein Recht zu, die eheliche Gemeinschaft zu verweigern, so muß sie dem Manne auch nach seinem fremdländischen Wohnorte folgen, wenn die dortigen Verhältnisse keine Hindernisse für die Fortsetzung eines ordentlichen Ehelebens bilden.

2. OLG. **21** 212 (Dresden). Da auch das österreichische Recht der Ehefrau, deren Mann ehebrecherischen Verkehr pflegt, nach der neueren Auslegung des § 93 ÖstABGB. das Recht gibt, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, kann die österreichische Ehefrau der in Deutschland erhobenen Herstellungsklage in solchem Falle die Mißbrauchseinrede entgegensetzen.

3. Mißbrauch durch Verhalten gegenüber den Kindern (JDR. 4 Ziff. 2a zu § 1354, **6** Ziff. 26). SchlHolstAnz. **10** 28 (Kiel). Ein Mißbrauch des Rechtes des Ehegatten kann darin liegen, daß der Mann der Frau ein Kind abverlangt, aber nur, wenn die Gründe für den Mißbrauch nicht allein dem Wohle des Kindes selbst entnommen sind. Vgl. auch HansGZ. **10** Beibl. 83 (Hamburg) u. Ziff. 3a zu §§ 1632, 1634.

§ 1354. 1. *Gauß 33 ff. Ein Urteil auf Grund einer Herstellungsklage darf nicht schon dann erfolgen, wenn der Richter zur Überzeugung kommt, daß es sich um eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Gatten handelt und daß der Ehemann hierin eine Entscheidung getroffen hat, der zu folgen die Frau sich grundlos weigert, sondern nur in den Fällen, in denen die Frau durch ihre Weigerung nach richterlicher Überzeugung eine unheilbare Zerrüttung der Ehe herbeizuführen im Begriff ist.

2. Abs. 1. *Scriba 62 ff. Das Entscheidungsrecht des Mannes bezieht sich nicht auf Angelegenheiten, die ihrer Natur nach persönliche Angelegen-

heiten der Frau sind, die nur indirekt oder mittelbar das eheliche Leben betreffen oder beeinflussen. — Durch Vertrag kann das Entscheidungsrecht des Mannes allgemein nicht ausgeschlossen werden (67).

3. Abs. 2. *Scriba 90. Der Begriff des Mißbrauchs im Abs. 2 § 1353 ist der generelle Begriff; der im Abs. 2 § 1354 enthaltene Begriff ist ein gesetzliches Beispiel dafür, wann im besonderen ein Mißbrauch des Verlangens des Mannes nach § 1353 Abs. 1 vorliegt (vgl. o. Ziff. I 3 zu § 1353).

§ 1355. 1. *Gauß 41. Die Klage auf Namensführung ist Herstellungsklage (aA. Wetzel, ABürgR. **26** 78, JDR. **4** 1). Ausnahmsweise kann aber hierauf stets geklagt werden, ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise die Verletzung dieses Rechtes oder dieser Pflicht auf den Bestand der Ehe einwirkt.

2. *Scriba 57 ff. Der voreheliche Name der Frau geht durch die Heirat nicht unter, sondern bleibt in einem Stadium der Latenz, kann daher nach Beendigung der Ehe wieder aufleben.

§ 1356. 1. *Gauß 42 ff. Nicht jeder Verstoß gegen § 1356 gibt ein Klagerecht. Die sämtlichen Rechte und Verpflichtungen, die sich aus dem Rechte und der Pflicht auf Hausleitung und Haushaltsarbeit ergeben, können nur insoweit den Inhalt eines Herstellungsurteils bilden, als die Nichtbefolgung des klägerischen Begehrens den Bestand der Ehe zu gefährden geeignet ist. — Gefährdet ein Geschäftsbetrieb der Ehefrau ernstlich das eheliche Leben, so kann der Mann Herstellungsklage erheben.

2. *Scriba 74. Durch Vertrag zwischen den Ehegatten kann die der Frau nach § 1356 zukommende Pflicht abgeändert oder aufgehoben werden, soweit nicht dadurch die Durchführung der ehelichen Gemeinschaft gefährdet wird.

§ 1357. I. 1. *Gauß 47. Bei ungerechtfertigter Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt kann die Frau nur in den Fällen Herstellungsklage erheben, wo das Verhalten des Mannes eine Zerstörung der Ehegemeinschaft befürchten läßt.

2. *Rohde, Vormundschaft über Ehefrauen, ZBlFG. **11** 65. Eine Beschränkung der Frau in der Geschäftsfähigkeit hat keinen Einfluß auf die Schlüsselgewalt: a) Nach außen hat sie eine gesetzliche Vertretungsmacht nach § 165 BGB., nach innen eine auf Gesetz beruhende Verpflichtung, den Haushalt zu führen, die Geschäfte ihres Mannes innerhalb des häuslichen Wirkungskreises zu besorgen. Der Einwilligung ihres Vormundes zu den einzelnen Geschäften bedarf es nicht, es sei denn, daß sie ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen vornimmt oder in Vertretung ihres Mannes über ihr Vermögen Verfügungen trifft, zu denen der Mann nur mit ihrer Zustimmung befugt wäre. b) Sie kann selbständig und ausschließlich den Antrag stellen, eine Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt aufzuheben. Die höchstpersönliche Natur ihres Rechtes schließt Stellvertretung aus.

3. Abs. 1. *Scriba 76 ff. In Fragen der Schlüsselgewalt sind bezüglich des Innenverhältnisses zwischen Mann und Frau allein die Grundsätze der §§ 1353, 1356 BGB. maßgebend, nicht die analoge Anwendung der Vorschriften über den Auftrag.

4. Abs. 2. *Scriba 93. Der Frau steht neben den Bestimmungen des Abs. 2 § 1357 (und Abs. 2 § 1358) stets auch der allgemeine Schutz aus Abs. 2 § 1353 zur Seite.

II. Aus der Praxis. 1. Innerhalb des Kreises der Schlüsselgewalt liegende Geschäfte (JDR. **7** Ziff. II 1, **8** Ziff. II 3). a) OLG. **21** 212 (München). Als in den häuslichen Wirkungskreis der Frau fallend sind insbesondere anzusehen: Anschaffung der Lebensmittel und der Materialien für Beheizung und Beleuchtung, Beschaffung der Kleider

für die Frau und die Kinder, Erneuerung der Tisch- und Bettwäsche, der Gerätschaften und des Mobiliars, Fürsorge für die häusliche Erziehung der Kinder, Anstellung und Bezahlung des Hausgesindes, namentlich des weiblichen. Unter Umständen ist die Frau auch zur Besorgung der für den Mann notwendigen Kleidungsstücke befugt. Doch geht es über den Bereich der Schlüsselgewalt hinaus, wenn Gebrauchsgegenstände angeschafft werden, deren Auswahl der Mann in der Regel selbst besorgt. **b)** BadRpr. **10** 61 (Karlsruhe). Eine Ehefrau ist kraft der Schlüsselgewalt nicht berechtigt, eine ehegemeinschaftliche Wohnung zu mieten.

2. Einfluß einer Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auf die Schlüsselgewalt (JDR. **4** Ziff. 2c, **5** Ziff. II 1, **6** Ziff. II 2). OLG. **21** 215 (KG.). Der „häusliche Wirkungskreis" der Frau wird nicht durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Trennung der Ehegatten, z. B. eine Reise oder einen vorübergehenden Krankenhausaufenthalt eines Ehegatten, aufgelöst; tritt aber eine dauernde Trennung ein, so hört damit auch der häusliche Wirkungskreis der Frau in ihrer Eigenschaft als Ehefrau auf und damit erlischt ihre Schlüsselgewalt.

3. **RG.** 1. 4. 10, JW. **10** 574, GruchotsBeitr. **54** 1027, SächsRpflA. **10** 265, SeuffBl. **11** 169. Die Vertretungsbefugnis der Ehefrau ist auf ihren häuslichen Wirkungskreis beschränkt. Eine Befugnis, den Mann auch sonst in Abwesenheits- oder Krankheitsfällen zu vertreten, steht ihr nicht zu.

§ 1358. 1. *Rohde, ZBlFG. **11** 69. Die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Frau ist trotzdem selbständig und ausschließlich berechtigt, die Ersetzung der Zustimmung des Mannes zu beantragen. Übereinstimmend mit Strube GruchotsBeitr. 48 314. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 106.

2. *Gauß 50. Eine Herstellungsklage, um von dem Manne die Einverständniserklärung zur Übernahme von persönlichen Dienstleistungen durch die Frau zu verlangen, ist für die Regel nicht zulässig (aA. Staudinger IV 160 b u. a).

3. **a)** Abs. 1. *Scriba 83. Das Kündigungsrecht nach § 1358 steht dem Manne nicht zu bei Verträgen, durch die sich die Frau vor der Eheschließung verpflichtet hat, und die z. Z. der Eheschließung noch fortbestehen; der Mann kann nur gegebenenfalls nach § 1353 von der Frau die Lösung des Vertrags verlangen. **b)** Abs. 2. Vgl. *Scriba o. zu § 1357 Ziff. 4.

§ 1359. *Strupp, Schadensersatz wegen Ehebruchs (s. auch u. § 1565 Ziff. 2). Auf Grund eingehender, auf die Entwickelungsgeschichte des § 1359 basierender Untersuchungen kommt Verf. zu dem Ergebnisse, daß eine Schadensersatzpflicht des ehewidrig Handelnden aus § 1359 abgeleitet werden kann. Jedoch fordert das durch die Ehe bedingte Gemeinschaftsverhältnis eine mildere Beurteilung der Verschuldensfrage, als sie bei den rein ökonomischen Zwecken dienenden Gemeinschaftsverhältnissen am Platze ist, und führt namentlich unter dem Gesichtspunkte der rechten ehelichen Gesinnung zu einer wesentlichen Einschränkung von Schadensersatzansprüchen. Weiterhin erleidet die Anwendbarkeit der allegierten Norm Einschränkungen durch § 1578, der zwar zunächst nur für den Fall der Scheidung gegeben ist, aber den Ausfluß eines allgemeinen Gedankens darstellt. Mit dem im Familienrechte wurzelnden Schadensersatzanspruche kann unter Umständen ein deliktischer korrespondieren.

§§ 1360, 1361. 1. *Gauß 58 ff. Die Ansprüche auf Unterhalt in der durch die eheliche Gemeinschaft gebotenen Weise und die sämtlich hierin begriffenen übrigen Ansprüche (§ 1360 Abs. 3) sind nur im Wege der Herstellungsklage verfolgbar, aber auch hier nur dann, wenn sich die Weigerung des anderen

Gatten als Rechtspflichtverletzung erweist. Im Falle des § 1361 ist die gewöhnliche, vollstreckbare Leistungsklage anzustrengen.

2. Arztkosten (JDR. 4 Ziff. I 1 zu §§ 1360, 1361, 8 Ziff. II 2 zu § 1360). a) Wasser, DJZ. 10 405 ff. Ist wegen Vermögenslosigkeit des Mannes die Frau unterhaltspflichtig, so gehört zur Erfüllung dieser Unterhaltspflicht die ärztliche Behandlung eines Familienmitglieds; bei Beanspruchung einer solchen muß vermutet werden, daß die Frau in Erfüllung der ihr obliegenden Verpflichtung den Arzt ruft. Hat aber die Frau nicht für sich, sondern auf Grund der Schlüsselgewalt für den vermögenslosen Mann handeln wollen, so würde sie trotzdem nicht den Mann verpflichten, sondern sich. Sie besorgt nämlich in der Tat ein eigenes Geschäft, denn sie, nicht ihr Mann, ist unterhaltspflichtig, und die Ehefrau ist nicht berechtigt, für den Mann zu handeln. Somit kommt ein Vertrag des Arztes mit dem Manne nicht zustande. Da die Frau zur Vertretung ihres Ehemanns nicht berechtigt, so ergibt sich ihre Haftung aus § 164 Abs. 2 BGB. Der Anspruch des Arztes ist aber gleichzeitig aus § 679 zu begründen, denn in der Tat hat der Arzt ein Geschäft der Frau besorgt; daß er über die Person des Geschäftsherrn irrte, ist ohne Bedeutung (§ 686 BGB.). b) OLG. 21 216 (Breslau). Die Ehefrau, die einen Arzt befragt, wird in der Regel nicht den Willen haben, sich selbst zu verpflichten, vielmehr steht ihr im Hinblick auf die durch § 1360 ausgesprochene Unterhaltspflicht die Vermutung zur Seite, daß sie nur den Mann hat verpflichten wollen. Freilich kann auch infolge ausdrücklich ausgesprochenen oder aus den Umständen zu entnehmenden Willens der Vertragschließenden eine Verpflichtung beider Ehegatten oder auch nur der Frau begründet werden, immer aber wird die Vereinbarung oder ein besonderer Umstand, wie z. B. besonderes Interesse der Frau an der Geheimhaltung der Krankheit dargelegt werden müssen. c) KGBl. 10 66 (LG. II Berlin). Die Ehefrau haftet für die durch ärztliche Behandlung des Ehemanns entstandenen Kurkosten, wenn der Ehemann zu seinem eigenen Unterhalt außerstande ist. Die Vorschrift des § 1360 ist indessen eine lediglich interne für das Verhältnis der Ehegatten zueinander gegebene, so daß die Verurteilung der Ehefrau zur Zahlung an den Arzt nicht unmittelbar auf diese Gesetzesbestimmung gestützt werden kann (vgl. KGBl. 09 116). Dagegen haftet die Ehefrau dem Arzte aus der ungerechtfertigten Bereicherung, denn da die Ehefrau zur Zahlung der ärztlichen Behandlung verpflichtet ist, würde sie, wenn sie diese Summe nicht entrichtet, sich dadurch bereichern und zwar zu Lasten des Arztes.

3. OLG. 21 216 (Dresden). Bloßes Bestehen eines Scheidungsrechts des Mannes schließt seine Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung gegenüber der Frau nicht aus, wenn im übrigen die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen nach §§ 1360, 1361 der Unterhalt der Frau durch eine Geldrente zu gewähren ist.

§ 1360. 1. *Rohde, ZBlFG. 11 69, 70. Der Regel nach greift die gewöhnliche Unterhaltsklage Platz; diese ist vom Vormund anzustellen, wenn der klagende Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder geschäftsunfähig ist. Wird jedoch mit der Klage eine Handlung begehrt, die ein Dritter nicht vornehmen kann (§ 888 ZPO.), z. B. Darbietung der Mahlzeiten am Familientische statt auf dem Zimmer, so handelt es sich nicht um den Unterhalt, sondern um Herstellung der ehelichen Gemeinschaft; die Klage kann nur von dem Ehegatten persönlich erhoben werden (§ 612 ZPO.).

2. OLG. 21 243 (KG.). Da der Ehemann der Frau Unterhalt nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit zu gewähren hat, kann die Frau unter Umständen auch die Bereitstellung eines Musikinstruments beanspruchen.

§ 1361. 1. **RG.** 19. 9. 10, R. **10** Nr. 3522. Bei Bemessung der für die Zukunft auszuwerfenden Rente sind nicht die tatsächlichen Bezüge der Vergangenheit, sondern die mutmaßlichen zukünftigen Erträgnisse des Vermögens des Unterhaltspflichtigen maßgebend.

2. **RG.** 30. 5. 10, JW. **10** 707. § 1361 BGB. gewährt dem unterhaltsberechtigten Ehegatten — abgesehen von der Berechtigung auf Herausgabe von Haushaltungssachen — nur einen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung von Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente, nicht aber einen Anspruch auf fortdauernde Benutzung der Ehewohnung.

3. Herausgabe von Haushaltungssachen. a) **RG.** 13. 6. 10, SeuffA. **66** 108, BayRpflZ. **10** 382. Der die Herstellung des ehelichen Lebens mit Recht verweigernden Frau ist nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der erforderlichen Haushaltssachen, nicht aber ein Recht gegeben, diese Sachen eigenmächtig in Besitz zu nehmen. **b**) OLG. 21 215 (KG.). Der Ehemann hat der Frau die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen „aus dem gemeinschaftlichen Haushalte" herauszugeben. Neuanschaffungen zu diesem Zwecke zu machen, ist er nicht verpflichtet, ebensowenig fallen ihm die Kosten zur Last, die durch die Beförderung der Sachen in die Wohnung der Frau oder durch Ausbesserung der Mobilien entstanden sind.

4. Abs. 2. **RG.** 18. 4. 10, R. **10** Nr. 2200. Reichen die Einkünfte des Ehemanns zum standesgemäßen Unterhalte beider Ehegatten nicht aus, so stellt der Umstand, daß die Frau von ihrem Manne mit Geschlechtskrankheit angesteckt wurde und dadurch ihre Bedürfnisse vermehrt worden sind, keinen genügenden Grund dar, dem Manne neben der Verpflichtung, seiner Frau für diese Mehrbedürfnisse Ersatz zu leisten, auch noch die Verpflichtung aufzuerlegen, seiner über eigenes Einkommen verfügenden Frau den gesamten standesgemäßen Unterhalt zu leisten.

6. Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an Entscheidungen ist ebenso gering wie im Vorjahr. Die wesentlichen Streitfragen dürften erledigt sein.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1363, 1366, 1367. 1. **RG. 72** 165, JW. **10** 21. Der Anspruch der Ehefrau aus einer Unfallversicherung gehört dann zum Vorbehaltsgute, wenn der Versicherungsvertrag im Interesse eines zum Vorbehaltsgute gehörenden Erwerbsgeschäfts abgeschlossen ist, weil die Versicherung eben Ersatz für Erwerbsverlust gewähren soll.

2. BayObLG., R. **10** Nr. 2201. Nicht übertragbare Nutzungsrechte der Witwe an dem Nachlasse des verstorbenen ersten Ehemanns gehören zum eingebrachten Gut der zweiten Ehe.

3. **RG.** JW. **11** 48. Eine Mitgift, die nicht als Vorbehaltsgut gegeben, ist ebenso wie anderes eingebrachtes Gut zu behandeln. Die Zweckbestimmung ist bedeutungslos.

4. **RG.** WarnE. **3** 205. Die verletzte Ehefrau kann auch den Schaden, der aus dem Wegfall ihrer Dienste im Hauswesen entsteht, als ihren Schaden liquidieren.

§ 1364. Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf den Fall, daß eine nichtige Ehe von der geschäftsunfähigen Frau ohne Zustimmung des Vormundes bestätigt wird (Komm. d. RGR.).

§ 1369. 1. Für die Beschränkung der Bestimmung auf Erwerb während der Ehe OLG. Dresden, SächsOLG. **31** 88. Vgl. JDR. **1, 2, 6** u. **7.**

2. Die Bestimmung kann auch stillschweigend geschehen, was **RG. 69** 63 unentschieden läßt (Komm. d. RGR.).

3. KGJ. **38** A 210, DNotV. **10** 719 (KG.). Die Eintragung der Vorbehaltsgutseigenschaft bei einer gemäß § 1369 seitens eines Dritten gewährten oder vermachten Hypothek ist unzulässig. Dagegen Jakobsohn, DNotV. 920. Nicht die Verfügungsbeschränkung ist einzutragen, wohl aber ist die Eintragung der Befreiung von einer Verfügungsbeschränkung zulässig.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373. 1. DJZ. **10** 310 (Jena). Manifestationspflicht der Ehefrau. Die Manifestationspflicht ist keine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut im Sinne des § 739 ZPO., kann daher ohne Duldungsklage gegen den Ehemann gefordert werden. Zur Manifestation kann nur das Gesamtvermögen, nicht allein das Vorbehaltsgut herangezogen werden.

2. Eine Offenbarungspflicht besteht nur, wenn der Besitz von Ehegut dargetan ist. OLG. **21** 218 (Braunschweig). Sachen, welche die Frau auch als Miteigentümerin nur in Verwahrung hat, unterliegen dem Herausgabeanspruche des § 1373 nicht. OLG. **21** 218 (Breslau).

3. **RG.** 5. 10. 08 im Komm. d. RGR. Der Herausgabeanspruch auf das von der Frau abgehobene Sparkassenguthaben erstreckt sich auch auf andere Geldstücke als die tatsächlich von der Frau in Empfang genommenen.

§§ 1375, 1377, 1380 ff. Fuchs, Die rechtliche Stellung eines Ehegatten zum Vormund eines anderen, SeuffBl. **10** 333 ff., behandelt die Rechtsverhältnisse aus der Bestellung eines Ehegatten zum Vormunde des anderen. *Rhode, ZBlFG. **11** 125, Vormundschaft über Ehefrauen, bespricht die Kollision zwischen Güterrecht und Bevormundung der Ehefrau. — Resultate des Fuchsschen Aufsatzes: A. Ehemann Vormund der Frau. I. Die tatsächliche Sorge für die Person steht dem Ehemann als Vormund nicht zu, sondern verbleibt ihm als Ehemann. II. Das Recht der Vertretung steht dem Ehemann als Vormund zu, jedoch nur soweit, als die Frau hinsichtlich ihres von dem Güterrechte nicht umfaßten Vermögens selbst eigene Rechte besitzt, also insbesondere bei Gütertrennung, bei Vorbehaltsgut. 1. Das Vermögensverzeichnis des Mannes als Vormund muß trotz der Verwaltungsrechte das eingebrachte Vermögen mitumfassen. Dagegen schließt Rhode aaO. 130 das eingebrachte Vermögen aus. 2. Soweit der Mann als Vormund handelt, verpflichtet er die Frau persönlich, seine Handlungen verpflichten auch das eingebrachte Gut, weil in der Erklärung die Zustimmung der Frau gegenüber dem Vertragsgegner liegt. 3. Die Prozesse, die der Ehemann als Vormund im Namen der Frau führt, sind nach § 1400 auch dem Manne gegenüber wirksam; die Prozesse, die er im eigenen Namen führt, nach § 1380 Satz 2 nur bei Verfügungsbefugnis. 4. Der Mann bedarf als Vormund seiner Frau in demselben Umfange der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und des Gegenvormundes wie ein anderer Vormund. Dies Erfordernis ist gegeben bei der Kündigung, Abtretung, Verpfändung einer Illatenforderung, und Einziehung einer geschuldeten Leistung, weil die Zustimmung der Frau in diesem Falle als Verfügung anzusehen ist. Ebenso in den Fällen der §§ 1821, 1822, insbesondere wenn der Mann als Vormund, nicht kraft seines Verwaltungsrechts über ein eingebrachtes Grundstück verfügt. 5. Die Zustimmung oder Einwilligung der Frau in den Fällen der §§ 1375, 1444 bis 1460, 1519 Abs. 2, 1549, 1550 erteilt sich der Mann als Vormund selbst dadurch, daß er sie dem Vertragsgegner erklärt. Die Kollision

der Interessen schließt die Zulässigkeit dieser Erklärung nicht aus. Das gleiche gilt, wenn der Vormund diese Verfügungen im Namen der Frau abgibt und seine Zustimmung erklärt. Rhode aaO. 155 erklärt es für unzulässig, daß der Mann als Vormund sich die Einwilligung erteilt. 6. Ansprüche der Frau gegen den Ehemann kann der Ehemann als Vormund nicht vertreten. B. Frau als Vormund des Ehemanns. I. Sorge für die Person. Die Ehefrau vertritt den Ehemann in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten nur soweit, als der Ehemann diese Rechte nicht ausüben kann. II. Sorge für das Vermögen. 1. Die Frau als Vormund hat ein Verzeichnis des eingebrachten Gutes dem Vormundschaftsgericht einzureichen. 2. Verfügungen der Frau über eingebrachtes Gut. a) ohne Rücksicht auf ihre Stellung als Vormund. b) als Vormund des Ehemanns in Ausübung des ihm zustehenden Verwaltungsrechts, aber in ihrem eigenen Namen. In beiden Fällen gilt die Einwilligung des Mannes bzw. ihre eigene Zustimmung als stillschweigend erteilt. Die Erteilung der Einwilligung des Mannes ist im ersten Falle, im zweiten Falle die Verfügung selbst ein vormundschaftliches Geschäft. c) Verfügung der Frau als Vormund des Mannes in dessen Namen über eingebrachtes Gut. Bedarf der Mann der Zustimmung (§ 1375), so ist diese Zustimmung erteilt. Bedarf der Mann der Zustimmung nicht, so wird die Frau persönlich nicht verpflichtet. 3. Bei allen solchen Verfügungen der Frau über eingebrachtes Gut, die sie als Vormund oder im eigenen Namen vornimmt, bedarf sie einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes nicht. 4. Aktivprozesse kann die Frau als Vormund sowohl nach § 1380 wie nach § 1400 führen. Im ersten Falle ist ihre Zustimmung, im zweiten die Zustimmung des Mannes stillschweigend erteilt. Passivprozesse sind gegen die Frau selbst, nicht gegen sie als Vormund des Mannes zu richten. Erklärt sie die Zustimmung als Vormund, so ist das Urteil dem Manne gegenüber wirksam. Diese Erklärung muß jedoch nach außen in die Erscheinung treten. 5. Die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts kann sich die Ehefrau als Vormund ihres Mannes selbst erteilen. 6. Die Frau hat als Vormund des Mannes über die Verwaltung des eingebrachten Gutes dem Vormundschaftsgerichte Rechnung zu legen. — Aus dem Rhodeschen Aufsatz ist hervorzuheben: 1. Der Ehemann hat zwar Anspruch auf den Besitz der Sparkassenbücher seiner bevormundeten Frau, zur Verfügung über die Sparguthaben bedarf er aber der Zustimmung des Vormundes und deshalb nach § 1812 der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts. 2. Wenn im Falle des § 1379 Abs. 2 der Vormund der bevormundeten Frau durch Abwesenheit oder Krankheit verhindert ist, so bedarf es der Ersetzung der Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht nicht, wenn durch andere Maßregeln, so durch Bestimmung eines Pflegers, zu helfen ist. Wenn jedoch diese Maßregeln einen Aufschub herbeiführen würden, mit dem Gefahr verbunden ist, hat das Vormundschaftsgericht die Ersetzung auszusprechen. 3. Die Zustimmung zu einer Verfügung des Mannes nach § 1375 bedarf der Genehmigung durch Gegenvormund und Vormundschaftsgericht dann, wenn die Verfügung des Mündels selber nach den Bestimmungen des Vormundschaftsrechts einer solchen Genehmigung bedürfen würde. 4. Die Bestimmungen der §§ 1429, 1430 finden Anwendung, wenn der Vormund der Frau für sie handelt, unberührt bleiben jedoch die Grundsätze des Vormundschaftsrechts, Nichtigkeit von Schenkungen, Haftung des Vormundes, Unübertragbarkeit der Sorge für das Vermögen im ganzen, Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu bestimmten Rechtsgeschäften, Aufforderung des Vormundschaftsgerichts, bestimmte Rechnung zu legen. 5. Rechnungslegung. a) Verheiratet sich ein

Mündel und tritt in gesetzlichen Güterstand, so hat der Vormund Schlußrechnung zu legen, der Frau ist ein Pfleger zu bestellen. b) Verwaltet der Mann im Auftrage des Vormundes das Vermögen der Frau, so hat er den Vormund in der Rechnungslegung zu unterstützen. Verwaltet der Vormund im Auftrage des Mannes, so hat das Vormundschaftsgericht mit der Rechenschaftspflicht des Vormundes gegenüber dem Manne nichts zu tun. 6. Selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts der bevormundeten Frau. Die Selbständigkeit ist nur gegeben, wenn die minderjährige Frau den Betrieb selbst führt, und wenn nicht der Mann die Leitung hat. Der selbständige Geschäftsbetrieb durch den Vormund ist nur denkbar, wenn er im Namen der Frau das Geschäft führt, durch die Frau selbst dann, wenn sie vor der Verheiratung, vom Vormund ermächtigt, den selbständigen Betrieb führte und nachher fortsetzte. Vgl. ferner zu § 1377.

§ 1375. 1. **RG.** (Straff.) **42** 72. Grenzanerkennung ist rechtliche Verfügung, Zustimmung der Frau notwendig.

2. Abholzung eines Waldes ist tatsächliche Verfügung. Eine spätere rechtliche Verfügung durch Veräußerung betrifft nicht das eingebrachte Gut, weil der Mann inzwischen Eigentum erworben hat (Komm. d. RGR.).

§ 1377. 1. **RG.** 7. 3. 10 im Komm. d. RGR. Aus der Zustimmung der Frau zur Verwendung in das Geschäft des Mannes folgt kein Verzicht auf die Rückgabe.

2. *Rohde, ZBlFG. **11** 140, führt entgegen der herrschenden Ansicht aus, daß der Mann, wenn er Geld der Frau auf der Sparkasse oder Bank gemäß § 1807 Abs. 1 oder § 1808 anlegt, dies entsprechend dem § 1809 mit der Bestimmung zu tun hat, daß zur Erhebung des Geldes die Zustimmung der Frau erforderlich ist. Die Stellung der Frau sei der eines Gegenvormundes ähnlich. Das Fehlen einer dem § 1392 entsprechenden Vorschrift unterstütze diese Auslegung. Der Ehemann hat auch keinen Anspruch auf Aufhebung des von dem Vormunde nach § 1809 eingetragenen Sperrvermerkes.

§ 1380. 1. **RG.** JW. **10** 811, R. **10** Nr. 3523, 3524. Die Erklärung des Ehemanns, daß er Schadensansprüche der Ehefrau, so z. B. Kurkosten, ersetzt verlangt, enthält die Erklärung, daß er sie aus eigenem Rechte gemäß § 1380 erhebt.

2. OLG. **21** 219 (KG.). Erbansprüche der Frau kann der Mann im eigenen Namen nicht geltend machen. Eine Änderung dahin, daß die Feststellung zugunsten der Frau gefordert werde, ist Klagänderung.

3. Abs. 2. Die Zustimmung der Frau zur Prozeßführung genügt zur Rechtskraftwirkung gegen die Frau nicht, wenn der Mann nicht befugt ist, zu verfügen. (So mit der herrschenden Meinung Komm. d. RGR.).

§ 1381. OLG. **21** 244, R. **10** Nr. 3935 (Marienwerder). Die Bestimmung begründet eine Vermutung für den Erwerb der Frau.

§ 1383. 1. Heine, LeipzZ. **10** 750 ff., Konkursrechtliche Fragen. a) Im Konkurse des Mannes fallen nur die bis zur Eröffnung, nicht auch die bis zur Rechtskraft des Beschlusses erworbenen pfändbaren Früchte in die Masse. Gegen Planck, Schröder mit Neumann, Jäger, Kurlbaum. b) Die Befugnis des in Konkurs verfallenen Ehemanns zur Abschließung rechtswirksamer Verträge über das eingebrachte Vermögen dauert über die Eröffnung bis zur Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses. c) Ein Vertrag des Ehemanns über die Mietzinsen des Illatengrundstücks ist nur wirksam für diejenigen zwei Kalendervierteljahre, in deren erstem der Mieter die Konkurseröffnung erfährt, oder in deren erstem der spätere Zeitpunkt der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses eintritt. 4. Prozesse des Ehemanns über das eingebrachte Gut werden durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen nicht unterbrochen, jedoch er-

lischt seine Aktivlegitimation. Bei Klagen gegen Dritte auf Herausgabe kann die Frau als Hauptintervenientin eintreten. Die Klagen gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut werden durch seinen Konkurs in der Hauptsache erledigt.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2202. § 1074 BGB. ist nicht anwendbar.

§§ 1385, 1388. OLG. 21 228 (KG.). Eine unwiderrufliche Vollmacht an die Frau zur Verwaltung des eingebrachten Grundstücks ändert die Verpflichtungen des Mannes Dritten gegenüber nicht.

§§ 1387, 1388. 1. Über das Verhältnis der Erteilung des Armenrechts zu der Kostenvorschußpflicht des Ehemanns vgl. Komm. d. RGR. Sowohl das einmal bewilligte Armenrecht wie die Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung beseitigen den Anspruch auf Kostenvorschuß. Vgl. auch OLG. 21 221 (Breslau).

2. **RG.** JW. **10** 942, HansGZ. **10** Beibl. 96, R. **10** Nr. 3525 (Hamburg). Die vor der Verurteilung der Frau in die Kosten des Rechtsstreits gegen den Mann von diesem eingeforderten Kostenvorschüsse muß der Mann auch nach der Rechtskraft des Urteils bezahlen.

3. KGBl. **10** 51 (LG. Berlin III und KG.). Wenn die Klage der Frau in erster Instanz abgewiesen ist und sie Berufung eingelegt hat, muß der Ehemann die Gerichtskosten der ersten Instanz zahlen, ebenso auch den Vorschuß für die zweite Instanz.

§ 1395. **RG.** R. **10** Nr. 2838. Die Einwilligung des Mannes zu dem Erbauseinandersetzungsvertrag ist nötig, macht den Mann aber nicht zum Mitkontrahenten. Sie bleibt ein einseitiges Rechtsgeschäft, das zur Perfektion jenes Vertrags notwendig ist.

§ 1400. 1. OLG. **21** 221, SeuffA. **65** 464 (Dresden). Die Zustimmung des Mannes hat die Bedeutung, daß die Frau durch prozessuale Handlungen, z. B. Klagezurücknahme und Verzicht Rechtswirksamkeit hervorrufen kann, unabhängig davon, daß die materiell-rechtliche Wirksamkeit weitere Voraussetzungen erfordert.

2. **RG.** R. **10** Nr. 4094, OLG. **21** 221 (KG.). Negative Feststellungsklage der Frau, daß eine Verbindlichkeit nicht bestehe, ist in Wirklichkeit ein Passivprozeß, zu welchem die Ehefrau unbeschränkt zur Sache legitimiert ist.

§ 1403. **RG.** **74** 51. Zur Wirksamkeit der Pfändung eines Erbanteils einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Miterbin ihr gegenüber bedarf es nicht der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Ehemann. § 1403 Abs. 1 kann nicht analog angewendet werden.

§ 1407. Im Falle des § 1407 Nr. 2 kann die Frau einen Anspruch auf Zahlung gegen den Mann überhaupt nicht erheben. Ihr bleibt nur die Feststellungsklage und die Ansprüche aus §§ 1371, 1372, 1391. So Meyer R. **10** 126, gegen Fuchs, R. **08** 831, JDR. **7**.

§ 1408. **RG.** 10. 7. 06, zitiert im Komm. d. RGR. Der Verzicht auf den Nießbrauch ist für die Gläubiger nicht anfechtbar.

3. Schuldenhaftung.

§§ 1410 ff. Haftung der Ehefrau für Arztkosten (vgl. o. § 826 Ziff. 15 b). Die Haftung der vermögenden Ehefrau für Leistungen des Arztes dem vermögenslosen Ehemann gegenüber wird behandelt von Wassermann, DJZ. **10** 405, und Asch, DJZ. 759. Wassermann teilt die Praxis der Berliner Gerichte mit, wonach die Haftung der Ehefrau im allgemeinen aus § 812, dagegen aus § 826 dann gefolgert sei, wenn die Ehefrau die Zahlungsunfähigkeit des Ehemanns kannte. W. konstruiert eine Haftung der Ehefrau daraus, daß sie bei der Bestellung des Arztes zwar auf Grund der Schlüsselgewalt habe handeln wollen, trotzdem aber sich selbst verpflichte.

Ihre Haftung ergebe sich aus § 164 BGB. Asch dagegen verwirft sowohl diese Konstruktion wie die Verpflichtung aus den §§ 812 und 826 und hält als einzige Begründung der Haftung gegeben, daß man aus den Umständen entnehme, die Frau habe in solchem Falle für sich kontrahieren wollen. Vgl. ferner KGBl. **10** 88 (LG. I), das die Ehefrau aus § 812 haftbar macht, weil sie unterhaltspflichtig sei, und sich durch Nichtbezahlung des Arztes bereichern würde. Für die persönliche Haftung der Ehefrau bezüglich ihrer eigenen Behandlung vgl. KGBl. **10** 92. (AG. Berlin-Mitte), das den Anspruch auf die Geschäftsführung stützt.

§ 1411. 1. Konkurs der Frau. **RG. 73** 238, JW. **10** 614, R. **10** Nr. 2269—2271. Der Konkursverwalter hat Anspruch gegen den Mann auf Herausgabe der Illaten, aber nur dann, wenn deren Wert durch den Betrag der Schulden erschöpft wird. Des Beweises einer solchen Feststellung bedarf es nicht, wenn der Ehemann schon zur Duldung der Zwangsvollstreckung einem Gläubiger gegenüber verurteilt ist, weil der Verwalter an die Stelle der Gläubiger tritt. Die Herausgabepflicht führt zur Rechenschaftspflicht nach § 260 BGB. Sie ist aber beschränkt auf den Stand des Vermögens und die Nutzungen, die seit der Aufforderung des Verwalters zur Herausgabe erwachsen sind.

2. KGBl. **10** 52 (LG. I Berlin). Hat der Ehemann in einer vollstreckbaren Urkunde der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zugestimmt, so ist die vollstreckbare Ausfertigung zugleich gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu erteilen.

§§ 1412, 1416. OLG. **21** 223 (KG.). Das eingebrachte Gut haftet für die Anwaltskosten des von der Frau gegen den Mann geführten und verlorenen Unterhaltsprozesses. Der Anwalt hat einen Anspruch auf Duldung der Vollstreckung gegen den Mann.

§ 1413. **RG.** JW. **10** 755, R. **10** Nr. 2839. Eingebrachtes Gut haftet für Verbindlichkeiten, die aus dem Erwerb einer eingebrachten Erbschaft entstehen.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. *v. Lippmann, Zur Frage der Unterlassungsklage, SeuffBl. **10** 125 ff. Die Frau kann beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung nicht schon auf Unterlassung klagen, wenn die von dem Manne drohende Rechtsverletzung ihr eingebrachtes Gut nicht erheblich gefährdet.

2. Eine vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils nach § 1418 gibt es nicht. Eine einstweilige Verfügung auf Aufhebung des Güterstandes ist unzulässig, nur einzelne Sicherungsmaßregeln können im Wege der einstweiligen Verfügung erlassen werden (Komm. d. RGR.).

§ 1421. 1. **RG.** R. **10** Nr. 60. Die Ersatzpflicht des Ehemanns für ein eingebrachtes Erwerbsgeschäft bestimmt sich nach § 1421, nicht nach § 818 BGB.

2. OLG. **21** 225 (Dresden). Die Ehefrau, die niemals dem Manne das eingebrachte Gut zur Verwaltung überlassen hat, hat keinen Rechenschaftsanspruch.

§ 1425. Das Urteil kann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt, die Rechtsfolge auch nicht durch einstweilige Verfügung angeordnet werden (Komm. d. RGR.).

5. Gütertrennung.

§ 1427. 1. FrankfRundsch. **44** 52, R. **10** Nr. 3936. Die Beiträge der Frau sind, soweit der Ehemann sie nicht verbrauchen muß, für seine Unterhaltspflicht Dritten gegenüber heranzuziehen.

2. OLG. **21** 226 (Dresden). Rückerstattung des in die gemeinschaftliche Wirtschaft gegebenen Arbeitslohns der Frau ist ausgeschlossen.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. Winkler, ZBlFG. **11** 340, weist nach, daß die Eintragung der Eheverträge ins Güterrechtsregister lediglich den Schutz des Ehegatten gegen Ansprüche Dritter bezweckt, daß sie im Verhältnisse der Ehegatten zueinander keinen Wert habe, und daß sie deshalb entbehrlich sei, wenn keiner der Ehegatten Grund habe, an der ehelichen Gesinnung des anderen zu zweifeln, daß ein Schutz gegen Manipulationen des anderen Ehegatten durch Eintragung von Eheverträgen in das Güterrechtsregister bei allgemeiner Gütergemeinschaft nicht gewährt werden könne.

2. Die Vorschriften der §§ 1362, 1411, 1459 können durch Ehevertrag nicht geändert werden (Komm. d. RGR.)

3. **RG.** JW. **11** 54. Die Vereinbarung, die Frau könne über bestimmte Gegenstände ohne Zustimmung des Mannes frei verfügen, enthält schon einen Ehevertrag über dies konkrete Objekt, nicht nur eine Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften.

§ 1434. Der Nachweis eines Ehevertrags oder gleichwirkender Rechtsakte (Konkurseröffnungsbeschluß) beweist nicht nur den Eintritt, sondern auch den Fortbestand des durch den Rechtsakt gegebenen Güterstandes bis zu dem Zeitpunkte der Prüfung. So abweichend von der herrschenden Meinung KGJ. **39** **A** 180, DJZ. **10** 708.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1438, 1439. 1. OLG. **22** 360, ZBlFG. **11** 462 (Posen). Erbanfall an einen gütergemeinschaftlichen Ehegatten macht den anderen nicht zum Miterben. Der andere Ehegatte hat nicht über den Anteil zu verfügen.

2. BayObLG. **10** 613, R. **10** Nr. 441 (BayObLG.). Ansprüche auf Altenteilsleistungen gehören nicht in die Konkursmasse des Ehemanns.

3. R. **10** Nr. 1359 (Hamburg). Anspruch auf Schmerzensgeld der Ehefrau gehört zwar nicht zum gütergemeinschaftlichen Vermögen, der Ehemann kann es jedoch im eigenen Namen einklagen.

4. **RG. 73** 309, R. **10** Nr. 2192, vgl. auch R. **10** Nr. 2193. Die Verminderung der Erwerbsfähigkeit der verletzten, lediglich im Hauswesen und Gewerbe des Mannes tätigen, gütergemeinschaftlichen Frau ist ein Schaden, der beiden gütergemeinschaftlichen Eheleuten erwächst, ein Schaden des Gesamtguts, da der Aufwand in der Gütergemeinschaft anders wie beim gesetzlichen Güterrechte (vgl. **RG. 63** 195) vom Gesamtgute zu leisten ist. Dem Schädiger gegenüber sind beide Eheleute Gesamtgläubiger.

§ 1440. OLG. **21** 232 (Hamburg). Formlose Schenkung der Ehegatten untereinander schafft kein Vorbehaltsgut.

§§ 1442, 1443. 1. Die Ehefrau kann mitverklagt werden, wenn entweder ein Recht auf Zwangsvollstreckung in Sondergut oder Vorbehaltsgut oder auf Zwangsvollstreckung für die Zeit nach der Beendigung erworben werden soll (Komm. d. RGR.).

2. OLG. **21** 228 (Königsberg). Die gütergemeinschaftliche Ehefrau kann in jedem Falle mitverurteilt werden, auch wenn sie nicht persönliche Schuldnerin ist.

3. **RG.** BayRpflZ. **10** 382, R. **10** Nr. 3190. Die Ehefrau ist nicht Mitbesitzerin. Der Einwand aus § 1361 ist der Besitzklage des Ehemanns, nicht aber der Schadensersatzklage des Ehemanns gegenüber ausgeschlossen

§§ 1444—1446. KGJ. **38** **A** 212, OLG. **21** 9, BayNotZ. **10** 381 (KG.). Der Grundbuchrichter hat zwar von Amts wegen zu prüfen, ob ein der Zu-

stimmung der Ehefrau unterliegender Rechtsakt vorliegt. Dabei sind aber Erfahrungssätze mit zu berücksichtigen. Es genügt, wenn alle Beteiligten erklären, daß die Verfügung keine unentgeltliche sei, noch in Erfüllung einer übernommenen Verpflichtung zur Verfügung über das Gesamtgut geschehe. Ein weiterer Nachweis ist nur zu erfordern, wenn besondere Umstände einen bestimmten Anhalt für die Unrichtigkeit der gemachten Angaben bieten.

§ 1445. 1. ZBlFG. **11** 265, ElsLothJZ. **35** 438 (Colmar). Auch die Ehefrau, die allein ein Grundstück erwirbt, kann ohne Zustimmung des Ehemanns Kaufpreishypothek bestellen.

2. HansGZ. **09** 164, JDR. **8** zu § 1445 Nr. 2, auch noch abgedruckt RJA. **10** 150, KGJ. **38 A** 318.

§ 1447. OLG. **21** 229 (Cöln). Das Vormundschaftsgericht hat, wenn es die Zustimmung zu einer Versteigerung erteilt, auch die Bedingungen der Versteigerung zu prüfen und festzustellen.

§ 1450. 1. OLG. **21** 229 (München). Die Bestimmung ist dann nicht anwendbar, wenn der Ehemann einem Dritten Generalvollmacht erteilt hat.

2. BadRpr. **10** 61 (Karlsruhe). Nur diese Voraussetzung berechtigt die Ehefrau zum Mietabschlusse, nicht die Schlüsselgewalt.

§ 1456. 1. **RG.** JW. **09** 690, JDR. 8, jetzt **RG. 72** 12, auch SeuffA. **65** 360.

2. Für die Verantwortlichkeit der Frau gelten die Grundsätze der §§ 1359 und 1467 Abs. 1 (Komm. d. RGR.).

§ 1460. OLG. **21** 831, BayRpflZ. **10** 385, R. **10** Nr. 3526, SeuffBl. **10** 785 (München). Im Verhältnisse der Ehegatten untereinander können fällige Kostenerstattungsbeträge aufgerechnet werden.

§ 1468. 1. *v. Lippmann, SeuffBl. **10** 125 ff. Soweit nicht die Voraussetzung des § 1468 Fall 1, 3, 4 zweite Alternative, und Fall 5, die Erheblichkeit der Gefährdung vorliegt, ist ein gerichtliches Vorgehen der Frau gegen den Mann wegen Verletzung oder Gefährdung ihrer Rechte gemäß dem Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft ausgeschlossen. Eine Unterlassungsklage ist daher nicht gegeben.

2. BadRpr. **10** 191 (Karlsruhe). Weitere Rechte sind im Falle der Gefährdung des Gesamtguts nicht gegeben.

§ 1471. **RG.** BayRpflZ. **10** 157, R. **10** Nr. 920. Teilung der einzelnen Gegenstände oder allgemeine Teilung darf der Ehegatte mit dem Klagantrage nicht verlangen. Er muß die Auseinandersetzung in vollständiger, dem Gesetz entsprechender Gestaltung begehren und dementsprechende Anträge stellen.

§ 1477. **RG. 73** 41, JW. **10** 290, R. **10** 1105. Die Übernahme nach § 1477 Abs. 2 darf der Ehegatte erst dann fordern, wenn feststeht, daß der Gegenstand nicht zur Bezahlung der gütergemeinschaftlichen Schulden verwertet werden muß.

§ 1480. OLG. **21** 232 (München). Der § 1480 begründet ein wohl erworbenes Recht des Gläubigers, das ihm nicht dadurch verloren gehen kann, daß der Ehegatte nach Begründung der Forderung im Auslande seinen Wohnsitz nimmt, und nach den dortigen Gesetzen eine solche Rechtswirkung nicht entstehen würde. Dies gilt nicht nur nach deutschem Rechte, sondern auch nach Art. 4 des Internationalen Abkommens vom 12. 7. 1905.

§ 1483. R. **10** Nr. 2381 (Hamburg). Die Rechte des Abkömmlings an an der fortgesetzten Gütergemeinschaftsmasse sind kein Vermögen im Sinne des § 23 ZPO.

§ 1484. Abs. 2. BayObLG., JDR. **8** über den Beginn der Ablehnungsfrist, auch DJZ. **10** 543.

§ 1485. Erwerb aus dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten ist auch ein Vermächtnis, mit dem das Erbteil eines einseitigen Abkömmlings nach dem verstorbenen Ehegatten belastet ist (Komm. d. RGR.).

§ 1487. OLG. **21** 12 (Colmar). Zur Veräußerung des zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks ist die Eintragung der Gütergemeinschaftsgenossen notwendig.

§ 1495. *v. Lippmann, SeuffBl. **10** 125 ff. Ohne die Voraussetzung der Aufhebungsklage des § 1495 steht es dem anteilsberechtigten Abkömmlinge nicht zu, gegen den überlebenden Ehegatten wegen einer Gefährdung seiner Rechte am Gesamtgute gerichtlich vorzugehen.

§ 1507. ElsLothZ. **36** 379 (Colmar). Der Nachweis kann nur durch Zeugnis nach § 1507, nicht durch Erbschein geführt werden.

§§ 1510, 1511, 1518. Auch der Komm. d. RGR. Note zu § 1508 stellt sich auf den Standpunkt, daß ein Nichteintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft sich ergebe, wenn die Ehegatten sich in einem Erbvertrage gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Vgl. JDR. **1, 2, 3.**

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1542. BayRpflZ. **10** 201, R. **10** Nr. 1978. Der Anspruch des Ehemanns gegen die Ehefrau auf Herausgabe des Errungenschaftsgesammtguts kann von seinen Gläubigern gepfändet werden, auch wenn er die Ehefrau verlassen hat.

§ 1543. Erwerb zwischen Erlaß und Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses fällt nicht in die Konkursmasse, wohl aber in das Gesamtgut (Komm. d. RGR.).

§ 1546. **RG.** JW. **10** 236, LeipzZ. **10** 311, R. **10** Nr. 921. Stirbt ein Ehegatte in Errungenschaftsgemeinschaft und wird über das Vermögen des Überlebenden Konkurs eröffnet, so gehören die Errungenschaftsgemeinschaftsgrundstücke nicht zur Konkursmasse, sondern nur der Anteil an der Auseinandersetzungsmasse. Der Konkursverwalter hat aber die Pflichten zu übernehmen, die dem Gütergenossen einem Dritten gegenüber obliegen, also z. B. die Rückauflassung zu erklären.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1549. 1. KGJ. **38** A 206 (KG.). Erwirbt ein Ehegatte ein Grundstück, so kann bei der Auflassung an ihn auf seinen Antrag die Gesamtgutseigenschaft zugleich mit eingetragen werden, wenn der andere Ehegatte zustimmt.
2. **RG.** R. **10** Nr. 3937. Auch Ansprüche auf Ersatz für Arzt-, Apotheker- und Kurkosten kann die verletzte Ehefrau im eigenen Namen fordern, da hier Ersatz des Aufwandes begehrt wird, der dem Gesamtgute zur Last fällt.

§ 1551. Ob das Erbteil, welches einem Ehegatten als Miterben anfällt, unbewegliches Gut und daher eingebrachtes Gut oder Bestandteil der Fahrnisgemeinschaft wird, entscheidet sich nach dem Bestande der ungeteilten Erbschaft, nicht nach dem Ergebnisse der Teilung. Das Geld, das der Miterbe bei der Auseinandersetzung zur Abfindung für Grundstücke erhält, wird also eingebrachtes Gut (Komm. d. RGR. gegen Staudinger).

§ 1557. Bei der vereinbarten fortgesetzten Gütergemeinschaft ist eingebrachtes Gut das frühere eingebrachte Gut und dasjenige, was eingebrachtes Gut sein würde, falls eheliche Fahrnisgemeinschaft bestände (Komm. d. RGR. gegen Opet).

III. Güterrechtsregister.

Literatur: C. Kurtz, Das Güterrechtsregister.

§ 1558. Bei doppeltem Wohnsitze des Ehemanns genügt die Eintragung an einem Wohnsitzgerichte (Komm. d. RGR. gegen Staudinger, Opet, Schröder).

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Literatur: Klein, Sind die Vorschriften der §§ 119 ff. BGB. über die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung auf die „Verzeihung" und „Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft" analog anwendbar? KGBl. **11** 3 ff.

§§ 1564 ff. BayRpflZ. **10** 388 (Nürnberg). Die Fassung des § 615 ZPO. läßt die Möglichkeit zu, mit der in erster Linie erhobenen Scheidungsklage die Anfechtungsklage hilfsweise zu verbinden. Damit wird die Anfechtung durch die Erhebung der Anfechtungsklage nicht bedingt, sondern der Kläger begehrt nur die Zurückstellung der Entscheidung über sein zuerst erhobenes Scheidungsverlangen und will die Entscheidung über die Anfechtungsklage nur für den Fall der Abweisung seiner Scheidungsklage getroffen wissen. Solange die anfechtbare Ehe nicht durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt ist, wird sie trotz der erklärten Anfechtung als gültig behandelt. Es kann also zunächst auch noch ihre Scheidung ausgesprochen werden.

§§ 1565 ff. *Stahl (vgl. o. zu § 321) 41 ff. Die Vorschriften der §§ 1565 bis 1569 entspringen dem allgemeinen Prinzipe der clausula rebus sic stantibus.

§ 1565. 1. Zustimmung zum Ehebruche (JDR. **5**, **6**, **7**, **8** Ziff. 1). a) *Klein, Beitrag zur Lehre von den Rechtshandlnngen im engeren Sinne, ÖstZBl. **28** 280 ff. Die „Zustimmung" im BGB. § 1565 Abs. 2 ist Rechtshandlung i. e. S. Es ist generelle Zustimmung möglich. Zustimmung zu anstößigem Verhalten nicht Zustimmung zum Ehebruch usw. Wer, um einen Ehescheidungsgrund zu erlangen, den anderen Ehegatten durch einen agent provocateur zum Ehebruch usw. veranlaßt, stimmt dem Ehebruch usw. nicht zu (286/7). Unzweideutigkeit — Ernstlichkeit der Zustimmung (287). Sie kann vor Begehung der Tat und nachträglich erfolgen. Auch unbekannten Verfehlungen kann zugestimmt werden (288). Widerruf stets möglich auch bei genereller Zustimmung, Zustimmung zur gewerbsmäßigen Unzucht. Widerruf der Zustimmung auch Rechtshandlung i. e. S. Er muß unzweideutig und ernst sein und liegt jedenfalls vor bei Erhebung der Scheidungsklage wegen Ehebruchs usw. Auch ein beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte kann wirksam zustimmen. Nicht ein Geschäftsunfähiger. Mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit wird die Zustimmung wirkungslos. § 105 Abs. 2 BGB. ist auf die Zustimmung analog anwendbar. Über Mentalreservation, Simulation, Scherz, Irrtum usw. bei Zustimmung vgl. 291—293. S. auch Klein, ÖstZBl. **28** 478. **b) RG.** 17. 3. 10, JW. **10** 476, GruchotsBeitr. **54** 1039. Die Zustimmnng im Sinne des § 1565 Abs. 2 ist kein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; sie hat überhaupt nicht einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Es genügt zur Zustimmung, daß der Ehegatte in irgendeiner Form vor oder nach Begehung des Ehebruchs zu erkennen gibt, das ehebrecherische Verhalten des anderen Teiles berühre ihn nicht und mache ihm die Ehe nicht unerträglich (vgl. **RG.** JW. **04** 63). Die Kundgebung der Zustimmung zum Ehebruche kann auch für die Zukunft wirken, doch kann sie jederzeit widerrufen werden. **c) RG.** 2. 6. 10, R. **10** Nr. 3012, BayRpflZ. **10** 335, HansGZ. **10** Beibl. 293. Bei Beurteilung der Frage, ob durch Zustimmung zum Ehebruche das Ehescheidungsrecht verwirkt sei, kommt es in objektiver und subjektiver Beziehung vorwiegend auf das Verhalten des zustimmenden Ehegatten,

auf das innere Verhalten des Ehebrechers aber nur insofern an, als, wenn dieser selbst die Zustimmung nicht für ernst gehalten hat, er sich nicht darauf berufen darf.

2. Schadensersatz wegen Ehebruchs (JDR. **8** Ziff. 2 u. o. zu § 1359). a) **RG.** 26. 10. 09, **72** 128, SeuffA. **65** 276 ff., BadRpr. **10** 11. Der Ehemann kann nach Scheidung der Ehe gegen den Ehebrecher weder aus § 823 Abs. 1 noch aus Abs. 2 Schadensersatzansprüche erheben, da Gegenstand der Verletzung durch den Ehebruch die Ehe als familienrechtliches, sittliches Verhältnis ist. Es ergibt sich auch aus der in den §§ 1578 ff., 1584 BGB. getroffenen Regelung, daß der Ehegatte, der von dem ihm eingeräumten Rechte, die Scheidung zu betreiben, Gebrauch macht und dadurch die Beendigung der ehelichen Gemeinschaft herbeiführt, die aus dieser entsprungenen wirtschaftlichen Vorteile ersatzlos verliert. **b)** **RG.** 22. 4. 09, JDR. **8** Ziff. 2**b**, auch SeuffA. **65** 273 ff.

§ 1567. 1. Verhältnis des § 1567 zu § 1568 (JDR. **1** Ziff. 2, 5 u. 6, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 1, **5**, **6** Ziff. 2). **RG.** 6. 12. 09, PosMSchr. **10** 11. Auch wenn die Voraussetzungen des § 1567 nicht vorliegen, kann in der Art und Weise, wie die Ehefrau den Mann und das gemeinsame Kind verließ und wie sie sich während ihres jahrelangen Fernbleibens verhielt, ein Scheidungsgrund gefunden werden, der den Tatbestand des § 1568 erfüllt. Vgl. auch **RG.** JW. **10** 581.

2. **RG.** 20. 12. 09, **72** 321, JW. **10** 112 ff. In solchen Fällen, in denen der klagende Ehegatte in der Erhebung der Scheidungsklage nur das äußerste Mittel erblickt, die ihm immer noch in erster Linie erwünschte Wiederherstellung des ehelichen Verhältnisses durchzusetzen, kann sich das einjährige Fernbleiben gegen den Willen des klagenden Ehegatten auch im Laufe des anhängigen Prozesses noch verwirklichen. Insofern hat der **RG.** **60** 194 (vgl. auch JDR. **4** Ziff. 2c) aufgestellte Grundsatz, daß die Voraussetzungen des § 1567 Nr. 1 sich bis zur Erhebung der Scheidungsklage in vollem Umfang erfüllt haben müssen und daß es nicht genüge, wenn sich die dort vorgesehene Jahresfrist erst im Laufe des bereits anhängig gewordenen Desertionsprozesses vollendet, eine gewisse Einschränkung zu erfahren.

3. OLG. **21** 237 (Hamburg). Wenn ein Ehegatte das Urteil auf Eheherstellung ein Jahr lang nicht befolgt hat, liegt bösliche Verlassung doch dann nicht vor, wenn der andere Ehegatte während des Jahres eine Handlung beging, die dem auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft Beklagten einen Ehescheidungsgrund gibt.

4. **RG.** 20. 6. 10, BayRpflZ. **10** 407. Die Frau, die rechtskräftig zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilt ist, muß dem Urteile folgen, ohne daß der Mann ihr seine Bereitwilligkeit, sie aufzunehmen, nochmals zu versichern braucht, es müßten denn neue Umstände hervorgetreten sein, die einen Zweifel an seiner Bereitwilligkeit zulassen.

5. OLG. **21** 238, HansGZ. **10** Beibl. 232 (Hamburg). Das Gesetz spricht im § 1567 Nr. 2 nicht von „Verlassen", sondern stellt als Erfordernis einer Scheidung die Tatsache auf, daß sich der eine Ehegatte ein Jahr lang gegen den Willen des anderen in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat. Eine solche ehewidrige Fernhaltung liegt vor, wenn der Mann, nachdem er selbst die Frau aus der Ehewohnung hinausgeworfen hat, sich um ihren Verbleib nicht mehr kümmert, sondern sich jahrelang so fern hält, daß man ihn aller Bemühungen ungeachtet nicht auffinden kann. Zum Beweise der Böswilligkeit muß es in solchem Falle genügen, daß der beklagte Ehegatte jahrelang nichts von sich verlauten läßt, sofern nur sein Fortleben zu vermuten ist.

§ 1568. 1. *Klein, KGBl. **10** 115. Eine Verzeihungsverweigerung seitens des verletzten Ehegatten ist auch dann, wenn der Schuldige die vom Verletzten gestellten Bedingungen erfüllt hat, nicht (ohne weiteres) als Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten im Sinne des § 1568 aufzufassen.

2. **RG.** 5 1. 10, WarnE. **10** 134. Verfehlungen, die ein Ehegatte nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und während des Scheidungsprozesses sich zu Schulden kommen läßt, können den Scheidungsgrund bilden. Andererseits kann eine Besserung, die nach der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft oder während des Rechtsstreits bei dem Ehegatten eintritt, auf die Entscheidung von Einfluß sein; es kann nämlich wegen einer eingetretenen Besserung die Frage, ob dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden könne, bejaht werden.

3. Beiderseitiges Verschulden (JDR. **1** Ziff. 7a, **3** u. **5** Ziff. 2b, **6** u. **7** Ziff. II 2). **a) RG.** 28. 2. 10, JW. **10** 334. Sind leichte Verfehlungen eines Ehegatten durch grobe Ausschreitungen des anderen hervorgerufen, so kann dies dahin führen, sein Verhalten zwar als eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, aber nicht als eine schwere Verletzung dieser Pflichten anzusehen. **b) RG.** 10. 1. 10, JW. **10** 150. Infolge von Verfehlungen des einen Eheteils können die Verfehlungen des anderen im milderen Lichte erscheinen, ohne daß deshalb von einer Kompensation gesprochen werden darf. **c) RG.** 13. 1. 10, R. **10** Nr. 718. Ehebruch des Mannes beseitigt nicht den aus vorhergehenden Schmähungen der Frau ihm zustehenden Scheidungsgrund. **d) RG.** 3. 2. 10, R. **10** Nr. 1106. Vierjähriges Fernbleiben von der Frau ist keine Eheverfehlung des Mannes, wenn die Frau ihn beschimpft und erklärt hat, sie wolle nichts mehr von ihm wissen, und die Schwiegermutter ihn aus dem Hause vertrieben und ihm den ehelichen Hausrat vorenthalten hatte. **e) RG.** 5. 1. 10, R. **10** Nr. 715. Hat der Mann häufig gegenüber der Frau beleidigende Ausdrücke gebraucht, so kann er nach seinem persönlichen Empfinden Schimpfworte der Frau nicht als schwere Eheverfehlungen ansehen. **f) RG.** 13. 7. 10, R. **10** Nr. 3193. Jeder Ehegatte hat sich schwerer Eheverfehlungen schuldig gemacht und die Scheidung der Ehe ist auf Klage und Widerklage aus Verschulden beider Teile begründet, wenn einerseits die Frau den Mann — zum Teil brieflich und erst im Laufe des Scheidungsprozesses — beschimpft, beschuldigt und bedroht, andererseits der Mann ernstlich gemeinte Liebesbriefe an die Schwester seiner Frau gerichtet hat. **g) RG.** 4. 11. 09, JW. **10** 21, PosMSchr. **10** 11. Ein Mann, der sich dazu hinreißen läßt, seine ihm ihrer Herkunft und ihrer Bildung nach durchaus ebenbürtige Gattin nicht nur wiederholt körperlich in grober Weise zu mißhandeln, sondern sie auch beständig durch grobe Beschimpfungen und durch die ihr im Hauswesen angewiesene Stellung zu demütigen, ist, wenn sie in der durch sein Verhalten hervorgerufenen Entfremdung sich auch ihrerseits in verletzenden Äußerungen ergeht, der Zumutung noch nicht überholen, daß er die Ehe mit ihr fortsetze.

4. Trunksucht (JDR. **1** Ziff. 7d aE., **2** Ziff. 2, **4** Ziff. IIe, **5** Ziff. 3e, **8** Ziff. 4). **RG.** 5. 1. 10, WarnE. **10** 134. Ein unsittliches Verhalten eines Ehegatten, der sich dem Trunke hingibt, kann auch angenommen werden, ohne daß Trunksucht im Sinne des § 6 BGB. vorliegt. Andererseits bedarf, wenn ein unwiderstehlicher Hang zum Trunke besteht, die Frage des Verschuldens besonderer Prüfung.

5. Verweigerung des Geschlechtsverkehrs (JDR. **1** Ziff. 7d, **2** Ziff. 3f, **5** Ziff. 3b, 6 Ziff. II 5). **a) RG.** 8. 10. 10, JW. **10** 1005. Eine hartnäckige Beischlafsverweigerung kann bei bloß schuldhafter Pflichtverletzung regelmäßig noch nicht angenommen werden. Es muß noch weiter hinzu-

kommen, daß die Pflichtverletzung auf einer Rücksichtslosigkeit, auf einer rücksichtslosen Eigensucht beruht. Daß der die eheliche Pflicht verweigernde Ehegatte es nicht auf Kränkung des anderen abgesehen hat, daß er in seinem Verhalten durch seine Anschauungen über den weit höheren Wert des geistigen Lebens beeinflußt ist, schließt das Vorhandensein einer hartnäckigen Beischlafsverweigerung nicht aus. b) OLG. **21** 238 (Hamburg). Die Verweigerung des Geschlechtsverkehrs durch die Ehefrau ist nicht als beharrlich anzusehen, wenn sie nur zwei oder drei Monate andauerte und durch ehewidriges Verhalten des Ehemanns veranlaßt war.

6. Beleidigungen. a) **RG.** 4. 4. 10, R. **10** Nr. 1981. Beleidigungen können als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten nur dann gelten, wenn unter den Umständen, unter denen sie begangen wurden, sie ihrer Beschaffenheit nach allgemein geeignet waren, die eheliche Gesinnung des beleidigten anderen Ehegatten unheilbar zu zerstören. b) **RG.** 14. 3. 10, R. **10** Nr. 1980. Im Zorne ausgestoßene beleidigende Verdächtigungen bei Aussöhnungsverhandlungen enthalten keinen Scheidungsgrund, wenn sie später nicht aufrechterhalten werden. c) **RG.** 9. 5. 10, JW. **10** 655. Auch eine einmalige Beleidigung kann zur Scheidung führen, wenn sie der Ausfluß einer ehewidrigen, durch längeres Verhalten betätigten Gesinnung ist, so daß durch die beleidigende Äußerung nur die Mißachtung zum Ausdrucke gebracht ist, die dem bisherigen Verhalten bereits zugrunde lag.

7. Grobe Mißhandlungen (JDR. **3** Ziff. 2c, **6** Ziff. II 1, **7** Ziff. II 5). **RG.** 21. 3. 10, R. **10** 1755. Mißhandlungen, welche sich nach Art und Beschaffenheit ohne weiteres als grobe darstellen, — mehrere Faustschläge auf den Rücken und Nacken — kann nicht lediglich in Berücksichtigung der Standesverhältnisse der Parteien der Charakter eines Scheidungsgrundes abgesprochen werden.

8. Eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten wurde in folgenden einzelnen Fällen

a) angenommen:

α. **RG.** R. **10** Nr. 714. Die Unterstützung des Prozeßgegners ihres Mannes durch Zutragen belastenden, den Mann der Gefahr einer Freiheitsstrafe aussetzenden Materials und die belastende Aussage vor der Polizei und dem Untersuchungsrichter in dem Strafverfahren gegen den Mann enthalten schwere Eheverfehlungen der Frau. β. **RG.** 25. 4. 10, R. **10** Nr. 2569. Eine schwere Verletzung der Ehepflichten ist anzunehmen, wenn eine Ehefrau vor Anstellung der Scheidungsklage einen Detektiv unter Aushändigung der Photographie ihres Ehemanns beauftragt, nachzuforschen, ob ihr Ehemann Ehebruch getrieben habe, und dem Detektiv 500 M. zahlt und weitere Summen verspricht für den Fall, daß seine Ermittelungen ausreichendes Überführungsmaterial für den Scheidungsprozeß lieferten. γ. **RG.** 3. 10. 10, JW. **10** 1005. Der Vorwurf des wissentlichen Falscheids im Prozeß ist ein schweres Ehevergehen. δ. **RG.** 25. 4. 10, R. **10** Nr. 2568. Unsauberkeit und wirtschaftliche Nachlässigkeit eines Ehegatten kann als Scheidungsgrund nur dann in Frage kommen, wenn sie in besonders hohem Grade vorliegt und in besonders beharrlicher Weise trotz der Ermahnungen des anderen Teiles betätigt worden ist. ε. **RG.** 7. 4. 10. JW. **10** 581. Wenn die Ehefrau ohne berechtigten Grund schon am Hochzeitsabende dem Manne nicht in die eheliche Wohnung folgte und seitdem ihr längere Zeit grundlos fern blieb, so können in diesem Verhalten die Tatbestandsmerkmale eines relativen Scheidungsgrundes gefunden werden.

b) nicht angenommen:

α. **RG.** 4. 4. 10, R. **10** Nr. 2567. Darin, daß die im Scheidungsprozesse lebende Ehefrau, die berechtigten Anlaß hat, an der ehelichen Treue ihres

Mannes zu zweifeln, sich bei Dritten nach einem etwaigen Ehebruche des Mannes erkundigt und für die Beschaffung der Beweismittel eines begangenen Ehebruchs Geldversprechen macht, ist ein ehewidriges Verhalten im Sinne des § 1568 nicht zu erblicken. β. OLG. **21** 239 (Kiel). Da das Nehmen von Morphium bei einem Morphiumsüchtigen auf einer krankhaften Willensschwäche beruht, ist in ihm eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten nicht zu finden. γ. **RG.** 9. 6. 10, R. **10** Nr. 3192. Zeigt die Frau den Mann, der ihr trotz Verurteilung keinen Unterhalt zahlt und den Offenbarungseid geleistet hat, wegen Meineids und Betrugs an, um dadurch ihre Unterhaltsansprüche zu verfolgen, nicht um die Bestrafung des Ehemanns herbeizuführen, so liegt darin keine schwere Eheverfehlung. δ. **RG.** 2. 12. 09, R. **10** Nr. 1593. Die Frau darf ihrem Manne unzüchtige Handlungen, die er als Bräntigam oder Ehemann in ihrem Einverständnis und nachdem sie damals bereits 29 Jahre alt war, an und mit ihr vorgenommen hat, nicht zum Vorwurfe machen.

§ 1570. 1. Begriff der Verzeihung (JDR. **1** u. **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **4** u. **6** Ziff. 1, **7** Ziff. I). a) *Klein, ÖstZBl. **28** 478—484. Die Verzeihung ist Rechtshandlung im engeren Sinne, nicht Willenserklärung. Ausführlich dargelegt gegen Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung 363 ff. b) *Klein, KGBl. **10** 113—115. In den Fällen „bedingter Verzeihung" tritt die Legalwirkung der Verzeihung nicht bereits dann ein, wenn der Schuldige die ihm vom Verletzten gestellten Bedingungen erfüllt hat, sondern erst dann, wenn bei dem Verletzten in der Tat verzeihende Gesinnung Platz gegriffen hat und zu einem äußeren Verhalten führte, das als Betätigung der verzeihenden Gesinnung aufgefaßt werden kann. Scharf zu trennen von den Fällen bedingter Verzeihung sind die Fälle von Verzeihung, in denen der Verzeihende dem Schuldigen gegenüber Erwartungen ausspricht, ohne sie zur Bedingung zu erheben. Hier treten die Legalwirkungen der Verzeihung ein.

2. *Klein, KGBl. **11** 3 ff. Erfolgte die Verzeihung unter dem Einfluß eines wesentlichen Irrtums oder infolge arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung, so ist die (Rechtshandlung im engeren Sinne) Verzeihung nichtig. Keine Anfechtung, sondern nur eine aufklärende richtigstellende Vorstellungsmitteilung des Verzeihenden möglich. Diese Mitteilung braucht nicht unverzüglich usw. (BGB. §§ 121, 124 Abs. 1) zu erfolgen. BGB. §§ 121, 124 Abs. 1 finden nicht Anwendung.

3. R. **10** Nr. 2841 (Hamburg). Die Verzeihung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Es kommt bei ihr nicht nur auf die abgegebene Erklärung an, zumal, wenn es sich um eine in starker Gemütserregung abgegebene Erklärung handelt; entscheidend ist vielmehr die innere Stimmung und der auf solcher beruhende Entschluß. Unter Umständen ist daher selbst eine ausdrücklich erklärte Verzeihung noch keine Verzeihung im Sinne des Gesetzes.

4. a) **RG.** 26. 5. 10, R. **10** Nr. 3013. Die Äußerung des Mannes, der Ehebruch der Frau sei vergessen, enthält dann keine Verzeihung, wenn sie nur Bestandteil einer auf Führung eines konventionellen Scheidungsprozesses gerichteten Vereinbarung zwischen den Ehegatten und ihren Anwälten war. Es ist dann nur ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Geltendmachung des Scheidungsrechts des Ehebruchs in Frage, welcher die Gegenleistung für das in anderer Beziehung von der Ehefrau gewährte Entgegenkommen gewesen wäre. b) **RG.** 15. 11. 09, JW. **10** 22. Die gemeinsame Verrichtung eines Gebets durch die Ehegatten, das seiner religiösen Idee nach die innerliche Aussöhnung der Eheleute zur Voraussetzung hat, schließt keine Verzeihung in sich, wenn sie durch die Parteien nur in Erfüllung einer äußeren Formalität erfolgte.

§ 1571. 1. **RG.** 14. 4. 10, R. **10** Nr. 1982. Der Verlust des Scheidungsrechts infolge Versäumung der Klagefrist zieht nicht ohne weiteres auch den Verlust des Rechtes zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft nach sich.

2. **RG.** 26. 5. 10, JW. **10** 707, GruchotsBeitr. **54** 1041, BayRpflZ. **10** 284. Auch die zehnjährige Frist des § 1574 Abs. 1 läuft nicht während der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten.

3. Abs. 2 Satz 2. **RG.** 14. 4. 10, R. **10** Nr. 1983. Die Aufforderung, entweder die häusliche Gemeinschaft herzustellen, oder die Scheidungsklage zu erheben, kann auch durch den Prozeßbevollmächtigten, der für den wegen Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft erhobenen Rechtsstreit bestellt ist, wirksam abgegeben werden (vgl. **RG. 58** 227, **61** 160, **63** 113, JDR. **5** Ziff. II).

4. **RG.** 11. 10. 09, JDR. **8** Ziff. 1a, jetzt auch SeuffA. **65** 464, BayRpfl. **10** 57.

§ 1572. **RG.** 17. 3. 10, JW. **10** 475, PosMschr. **10** 73 wiederholt, unter Berufung auf **RG. 57** 192 (vgl. JDR. 3), daß der Lauf der Ausschlußfrist des § 1571 für die Widerklage in der Zeit zwischen der Erhebung der Eheanfechtungs- oder Scheidungsklage bis zum ersten Verhandlungstermine gehemmt sei, führt jedoch aus, daß eine solche Hemmung der Frist nicht eintrete, wenn mit der Klage Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verlangt wird.

§ 1573. **RG.** 10. 10. 10, JW. **10** 1005. Zur Begründung einer Scheidungsklage geltend gemachte Tatsachen, zu deren Unterstützung solche Tatsachen herangezogen werden dürfen, auf die wegen Verzeihung, Fristablaufs oder aus einem sonstigen Grunde eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, brauchen zwar nicht derart zu sein, daß sie schon für sich allein die Scheidungsklage rechtfertigen. Die Vorschrift des § 1573 ist vielmehr gerade für den Fall gegeben, daß sie dazu nicht ausreichen. Sie müssen aber immerhin eine Eheverfehlung enthalten, die zwar keine schwere zu sein braucht, aber doch überhaupt eine schuldhafte Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darstellen muß und nicht ganz unerheblich sein darf (vgl. **RG.** JW. **07** 107).

§ 1574. 1. Über den Begriff der Verzeihung vgl. o. Ziff. 1 zu § 1570.

2. **RG.** 9. 6. 10, BayRpflZ. **10** 429. Das Erkenntnis über die Schuld der Ehegatten darf nicht von dem Scheidungsausspruche getrennt werden.

3. Abs. 3. **RG.** 21. 3. 10, JW. **10** 477, BayRpflZ. **10** 312, PosMschr. **10** 73. Der Antrag auf Mitschuldigerklärung des Klägers in Gemäßheit des § 1574 Abs. 3 kann nicht auf Tatsachen gestützt werden, deren Geltendmachung durch § 616 ZPO. ausgeschlossen ist. Die durch § 616 ZPO. ausgeschlossenen Tatsachen können aber gemäß § 1573 zur Unterstützung anderer, auch verziehener oder verjährter Tatsachen im Falle des § 1574 Abs. 3 herangezogen werden. Vgl. auch **RG.** BadRpr. **05** 209, JDR. **4** Ziff. 3d.

§ 1576. *Klein, ÖstZBl. 28 645—648. Die „Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft" ist Rechtshandlung im engeren Sinne, nicht Vertrag.

§§ 1578 ff. OLG. **21** 241 (Breslau). Der Anspruch des unschuldig geschiedenen Ehegatten aus den §§ 1578, 1579 ist eine Nachwirkung der Ehe selbst. Er ist bereits durch die Eingehung der Ehe entstanden und stellt sich nur als eine Einschränkung des zur Zeit der Ehe bereits bestehenden Unterhaltsanspruchs dar (vgl. **RG. 48** 114, JW. **06** 140). Der Anspruch ist daher auch während des Scheidungsprozesses der Sicherung durch Arrest fähig.

§ 1578. 1. **RG. 72** 199, JW. **10** 14. Freiwillige Zuwendungen, die der Unterhaltsberechtigte ohne Rechtsanspruch von Angehörigen oder Freunden erhält, sind auf den ihm zu gewährenden Unterhalt nicht anzurechnen. Im übrigen über den Umfang der Unterhaltsverpflichtung wie **RG.** 17. 10. 07, JDR. **6** Ziff. 2 zu §§ 1578, 1579. (Vgl. auch JDR. **8** Ziff. 2 zu § 1578.)

2. Brandis, DJZ. **10** 875. Der unter Schuldigerklärung geschiedene Ehemann hat seiner Ehefrau auch aus seinem Stammvermögen Unterhalt zu gewähren; wie er den Stamm des Vermögens zum eigenen standesgemäßen Unterhalt angreift, so muß er dasselbe auch zum Unterhalte seiner unschuldig geschiedenen Ehefrau tun. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut des § 1579 Satz 2.

3. **RG.** 21. 2. 10, R. **10** Nr. 3528. Hat die Frau während der Ehe im Geschäfte ihrer Verwandten gegen Bezahlung gearbeitet, so ist sie verpflichtet, dies auch nach Scheidung der Ehe zu tun. Anderenfalls ermäßigt sich ihr Unterhaltsanspruch entsprechend.

4. OLG. **21** 240 (Hamburg). Gegenüber der Unterhaltsforderung des geschiedenen Ehegatten steht dem Unterhaltspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. nicht zu.

§ 1579. 1. Begriff der Einkünfte. ElsLothJZ. **10** 582, R. **10** Nr. 719 (Colmar). Die Dienstprämie eines Unteroffiziers gehört nicht zum „Stammkapital" seines Vermögens, sondern zu den „Einkünften", denn sie wird ihm als Belohnung für die längere Dienstzeit gewährt, bildet also einen von ihm durch seine Arbeit erlangten Erwerb.

2. **RG.** 15. 11. 09, **72** 199, JW. **10** 14. Zur Anwendung des § 1579 ist nicht die tatsächliche Unterhaltsgewährung an ein minderjähriges unverheiratetes Kind oder die Inanspruchnahme zur Unterhaltsgewährung zu erfordern; die Verhältnisse müssen aber so liegen, daß die Inanspruchnahme mit Sicherheit in nächster Zeit erwartet werden darf.

3. OLG. **21** 241 (KG.). Bei Bemessung des notdürftigen Unterhalts des unterhaltspflichtigen Ehegatten ist auf dessen gesellschaftliche Stellung und die sonstigen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen. — Der Unterhaltspflichtige darf zwar nicht einen Teil seines Vermögens ungenutzt lassen, um die Geringfügigkeit seiner Einkünfte des übrigen Vermögens als Vorwand zur Beseitigung seiner Unterhaltspflicht vorschützen zu können; das würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Dagegen wird man von ihm immer nur eine den Gewohnheiten des täglichen Lebens entsprechende Verwertung verlangen können und es kann dem Unterhaltsberechtigten nicht das Recht zugesprochen werden, dem Unterhaltspflichtigen in dieser Beziehung Vorschriften zu machen oder eine besondere, mit einer Steigerung der Einnahmen oder sonstigen Vorteilen verknüpfte, dafür aber mit anderen Nachteilen verbundene Art der Verwaltung (z. B. Anschaffung von Industriepapieren, Anlage in einem kaufmännischen Unternehmen oder dgl.) zu verlangen. Auch das Verlangen des Unterhaltsberechtigten, daß der Unterhaltspflichtige sein Kapital angreife, um ihm Unterhalt zu zahlen, ist ungerechtfertigt.

4. Abs. 2. SächsOLG. **31** 286 (Dresden). Abs. 2 macht keinen Unterschied zwischen großem und kleinem Vermögen, ist also auch dann anwendbar, wenn das Vermögen der geschiedenen Frau bei der allmählichen Verwendung seines Stammes zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in absehbarer Zeit aufgezehrt werden wird.

§ 1587. *Klein, KGBl. **11** 3 ff. Erfolgte die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft unter dem Einfluß eines wesentlichen Irrtums oder infolge arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung, so ist diese Rechtshandlung i. e. S. (ursprünglich) nichtig. Keine Anfechtung, sondern nur eine aufklärende richtigstellende Vorstellungsmitteilung des sich Irrenden usw. möglich. Diese Mitteilung braucht nicht unverzüglich usw. (BGB. §§ 121, 124 Abs. 1) zu erfolgen. BGB. §§ 121, 124 Abs. 1 finden nicht Anwendung.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. **RG.** SeuffA. **65** 327. Auch aus dem Reifegrade des Kindes kann die offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann der Mutter gefolgert werden (**RG.** JW. **04** 236).

§ 1593. 1. *Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren, Festgabe für Gierke. 191 ff. Die rechtskräftige Abweisung der Illegitimitätsklage hat die privatrechtliche Nebenwirkung, daß jeder Dritte alle Einwendungen (privatrechtlich) verliert, die er gegen die Ehelichkeit des Kindes aus eigenem Rechte hätte erheben können. Diese Wirkung ist eine andere als die für und gegen alle wirkende materielle Rechtskraft jenes Urteils (ZPO. § 643). Gegenstand der Rechtskraft ist lediglich die für und gegen alle wirkende Feststellung, daß dem Ehemann ein Anfechtungsrecht nicht zugestanden habe. Faßt man die an die Abweisung der Illegitimitätsklage gemäß § 1593 geknüpfte Rechtsfolge als eine privatrechtliche Nebenwirkung des Urteils auf, so können nach preuß. Rechte (§§ 17, 18 ALR. II. 2) Lehns- und Fideikommißanwärter die Unehelichkeit eines Kindes auch dann noch geltend machen, wenn der Ehemann mit der Illegitimitätsklage rechtskräftig abgewiesen war; denn das Landesrecht kann zwar nicht von der Vorschrift des § 643 ZPO. (Rechtskraft inter omnes), wohl aber von der Vorschrift des § 1593 BGB. (privatrechtliche Nebenwirkung des Urteils) abweichen. Vgl. EGZPO. § 14 Abs. 1, EGBGB. Art. 59.

2. OLG. **21** 244 (München) s. JDR. **8** § 1591 Ziff. 2.

§ 1598. R. **10** Nr. 923 (Hamburg). In der Anmeldung der Geburt eines Kindes durch den Ehemann der Mutter beim Standesamte liegt noch nicht die Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

Literatur: Werner, Unterhalts- und Arbeitspflicht, DJZ. **10** 1015.

§ 1601. 1. Werner, DJZ. **10** 1015 f. Ein Vater, der seinem minderjährigen Kinde gegenüber unterhaltspflichtig ist, muß seine Erwerbsfähigkeit ausnützen, um seiner Unterhaltspflicht genügen zu können. Richtet der Vater seine Arbeit so ein, daß das Kind aus ihrem Ertrage keine Befriedigung für den Unterhaltsanspruch finden soll, so fügt er dem Kinde in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu und ist ihm gemäß § 826 zum Schadensersatze verpflichtet. Hilft dem Vater ein Dritter bei diesem unredlichen Vorgehen, so haftet er neben ihm gemäß § 830 BGB.

2. SchlHolstAnz. **10** 177 (Kiel). Wenn ein Vater seinem Sohne verspricht, die für sein Studium erforderlichen Kosten für ihn aufzuwenden, so kann ohne besondere Umstände nicht angenommenen werden, daß dadurch dem Sohne ein klagbarer Anspruch gegen den Vater erwachsen sollte.

3. OLG. **21** 246 (Dresden). Über die Pflicht des Vaters, sein Kind zu einem Berufe vorbilden zu lassen. Die Verpflichtung muß zu seinen Vermögens- und Eigentumsverhältnissen in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden. Auch ist auf die in den Kreisen der Beteiligten übliche Dauer des Unterhalts zu sehen. Darüber darf aber das Recht der Kinder auf eine ihrer Persönlichkeit, ihren Anlagen und Neigungen entsprechende Erziehung und Vorbildung nicht außer Acht gelassen werden.

§ 1602. **RG.** R. **10** Nr. 3194. Den Kindern (Töchtern) des Getöteten steht ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Beeinträchtigung ihres Unterhalts gemäß § 1602 BGB. nur unter der Voraussetzung zu, daß sie außerstande sind, sich selbst zu unterhalten.

§ 1606. Abs. 2. **RG.** JW. **10** 237, SeuffA. **65** 233, BayRpflZ. **10** 156, PosMSchr. **10** 39. Es ist unrichtig, daß die Haftung mehrerer gleich naher Verwandter zu gleichen Teilen (§ 1606 Abs. 2) nur bei gleicher Leistungsunfähigkeit eintrete. Die Verwandten, die in gleicher Gradesnähe sich befinden, haben, da die Unterhaltspflicht ebensowohl den einen wie den anderen trifft, zu dem Unterhalte zu gleichen Teilen beizutragen, ohne daß es einen Unterschied macht, ob der eine Verwandte in besseren Vermögensverhältnissen sich befindet wie der andere Verwandte. Anders ist es nur, wenn der gleich nahe Verwandte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ganz oder teilweise außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.

§ 1610. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1984, BayRpflZ. **10** 364, WarnE. **10** 222. Der gesamte Lebensbedarf eines zwar erzogenen, aber zu einem Berufe noch nicht vorgebildeten Unterhaltsbedürftigen kann auch die Mittel umfassen, die es ihm ermöglichen, eine angemessene und sichere Lebensstellung zu erlangen. Dadurch wird dem Unterhaltspflichtigen nichts Unbilliges zugemutet.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1985. Wer durch sittliches Verschulden bedürftig geworden war, darauf eigenen Erwerb gefunden hatte und nunmehr ohne Verschulden wieder erwerbsunfähig geworden ist, kann den standesgemäßen Unterhalt verlangen.

3. OLG. **21** 246, SeuffA. **65** 466 (Kiel). Daß der Vater dem Sohne die zum Studium versprochenen Mittel gewährt hat, rechtfertigt nicht, die Entstehung eines klagbaren Anspruchs anzunehmen.

4. OLG. **21** 247 (Hamburg). Der Beklagte hatte sich verpflichtet, seinem Neffen während der Dauer des Vorbereitungsdienstes als Referendar den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren. Dadurch ist ein Vertrag zustande gekommen. — Ausschluß der Aufrechnung gegen die Forderung; es handelt sich um eine subsidiäre Unterhaltspflicht, daraus folgt die Unzulässigkeit der Aufrechnung.

5. **RG.** BayRpflZ. **10** 56 f. JDR. **8** § 1610.

§ 1612. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2842. Sind die Ehegatten geschieden und steht das Recht der Sorge für die Person der Kinder nicht dem Vater, sondern der Mutter zu, so muß das Recht des unterhaltspflichtigen Vaters, die Art der Unterhaltsgewährung (Verpflegung in Natur oder Zahlung einer Geldrente) zu bestimmen, gegenüber dem Rechte der Mutter, den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen, zurücktreten. Der Vater darf daher sein Bestimmungsrecht aus § 1612 Abs. 2 BGB. nicht in einer Weise — Gewährung des Unterhalts in Natur an einem bestimmten Orte — ausüben, daß dadurch die Befugnisse der Mutter in der gedachten Richtung beeinträchtigt werden. Ein gegenteiliges Verlangen des Vaters braucht die Mutter nicht zu beachten, ohne daß sie genötigt wäre, zuvor gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 das Vormundschaftsgericht anzurufen.

2. R. **10** Nr. 96, HansGZ. **10** Beibl. 124 (Hamburg). Dem Unterhaltsanspruch eines dreijährigen Kindes, welches bei seiner vom Vater getrennt lebenden Mutter sich aufhält, kann der Vater nicht entgegenhalten, daß er bereit sei, das Kind bei sich in Naturalverpflegung zu nehmen.

§ 1613. Stein, R. **10** 81. Gegenüber der Klage auf rückständige Alimente greift die Einwendung aus § 1603 nicht bereits dann durch, wenn die dort erwähnten Umstände zwar zur Zeit der Erhebung der Einwendung, nicht jedoch schon bei der Inverzugsetzung vorlagen.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den Kindern im allgemeinen.

§ 1624. 1. Mitgiftversprechen. Wesen und Form. a) Pfeiffer, R. **10** 771. Das Mitgiftversprechen ist nicht ein entgeltlicher Vertrag

zugunsten der Braut, sondern ein Ausstattungsvertrag gemäß § 1624, nur daß als Vertreter der Tochter deren Bräutigam auftritt. Eine Gegenseitigkeit zwischen Mitgift- und Eheversprechen besteht schon deshalb nicht, weil der Schwiegersohn keine entgeltliche Verpflichtung übernimmt. Das Eheversprechen ist nur tatsächliche Voraussetzung des Mitgiftversprechens, aber nicht Gegenstand des Vertrags. Das Mitgiftversprechen ist daher grundsätzlich formfrei und — ebenso wie das Ausstattungsversprechen — nur hinsichtlich des Übermaßes der Formvorschrift des § 518 BGB. unterworfen. **b)** R. **10** Nr. 2155, 2178, OLG. **21** 248 (Cassel). In dem Mitgiftversprechen an den Bräutigam liegt regelmäßig keine Schenkung, auch nicht insoweit, als sie das den Umständen, insbes. den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß übersteigt. Es handelt sich hierbei um einen besonders gearteten Vertrag, bei dem die Eheschließung nicht als geschuldete Gegenleistung in Betracht kommt. § 1624 hat nur das Rechtsverhältnis zwischen Eltern nnd Kind im Auge. Daher wird **RG. 67** 204, **63** 323, OLG. **17** 265 (Braunschweig) nicht gebilligt. Das Versprechen einer Mitgift seitens der Eltern der Braut an den Bräutigam kann nur dann als sittenwidrig (BGB. § 138) angesehen werden, wenn nach dem Willen der Beteiligten oder eines von ihnen der Bräutigam allein durch dieses Versprechen zur Eingehung der Ehe bestimmt werden sollte, nicht aber, wenn der Bräutigam durch ein solches Verlangen der Mitgift lediglich die wirtschaftlichen Grundlagen der Ehe hat sicherstellen und die Fortführung eines seinen bisherigen Verhältnissen entsprechenden standesgemäßen Lebens sich und der Ehefrau hat ermöglichen und gewährleisten wollen. **c)** DJZ. **10** 487, R. **10** 388 (PrOVG.). Eine als Mitgift versprochene Rente ist keine Leibrente, da sie nicht für die Lebensdauer einer Person, sondern für die Dauer der Ehe Wirksamkeit haben soll. ➻ (AM. **RG. 63** 323 und GoltdA. **54** 475.) ⟵ **d)** Ebenso DJZ. **10** 831 (SächsOVG.).

2. Ausstattungsversprechen. **a)** SchlHolstAnz. **10** 177 (Kiel). Wenn ein Vater seinem Sohne verspricht, die für sein Studium erforderlichen Kosten für ihn aufzuwenden, so kann ohne besondere Umstände nicht angenommen werden, daß dadurch dem Sohne ein klagbarer Anspruch gegen den Vater erwachsen sollte. **b)** PosMSchr. **10** 39 (Posen). In den Kreisen der ländlichen Bevölkerung der Provinz Posen pflegt das Versprechen einer Ausstattung, das der zur Erbabfindung nach dem verstorbenen Ehegatten ohnedies verpflichtete Elternteil dem Kinde gibt, diese Erbabfindung regelmäßig mitzuumfassen und nur den Gesamtbetrag festzulegen, der dem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung aus dem Vermögen der Eltern zukommen soll.

3. Begriff der Ausstattung. **a)** **RG.** JW. **10** 237, WarnE. **3** 134. Unter den Begriff der „Ausstattung" fallen nicht nur Geldbeträge, die zur Begründung, sondern auch solche, die zur Erhaltung einer selbständigen Lebensstellung des Empfängers, z. B. zur Fortführung der Wirtschaft, gegeben sind. Entscheidend ist, ob es die Absicht der Eltern gewesen ist, Zuwendungen zum Zwecke der Erhaltung der Lebensstellung bzw. Fortführung der Wirtschaft zu machen oder ob sie die Zuwendungen aus reiner Freigebigkeit zu irgendwelchen Zwecken machen wollten. Im letzteren Falle würde eine nach § 2050 nicht ausgleichungspflichtige Schenkung vorliegen. **b)** Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2050.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Wie schon in den Vorjahren, nimmt auch diesmal der Bericht über die Anwendung des § 1666 BGB. und der damit in engem Zusammenhange stehenden Fürsorgeerziehungsgesetze der größeren Bundesstaaten den breitesten Raum ein. Der zwischen dem preuß. OVG. und KG. entbrannte Streit, über den im vorigen Berichtsjahre berichtet wurde und der sich auf die Frage bezieht, wie weit die gemäß § 1666 getroffenen Anord-

nungen des Vormundschaftsgerichts für die zur Handhabung der Armenpflege berufenen Behörden verbindlich sind, hat durch die neuesten Entscheidungen der beiden Gerichtshöfe womöglich noch eine Verschärfung erfahren, zu dessen Beilegung das OVG. selbst das Eingreifen der Gesetzgebung für erforderlich erachtet, und zwar dahin, daß die Armenverbände zu den Kosten, die durch die Ausführung der Anordnungen des Vormundschaftsgerichts entständen, heranzuziehen seien. — Die Rechtsprechung des KG. auf dem Gebiete der religiösen Kindererziehung (vgl. zu § 1631) hat in der Literatur wiederholten Widerspruch gefunden und es wird einer freieren Auslegung der veralteten preußischrechtlichen Vorschriften, namentlich soweit die Verhältnisse nach dem Tode des Vaters in Frage kommen, das Wort geredet. — Bemerkenswert ist die Entscheidung des KG. (A II zu § 1666), welche in der Auflehnung der Mutter gegen die über die religiöse Erziehung der Kinder getroffenen Vorschriften, auch wenn die Voraussetzungen des § 1666 nicht gegeben seien, einen erheblichen Grund, ihr insoweit das Erziehungsrecht zu nehmen, findet und zur Begründung u. a. den § 28 der früheren preuß. Vormundschaftsordnung heranzieht, der insoweit jetzt noch zu Recht bestehe. — Bei den sonstigen Bestimmungen dieses Abschnitts war im wesentlichen nur über die Ergebnisse der Rechtsprechung zu berichten und es läßt sich dabei nicht verkennen, daß inzwischen frühere Streitfragen geklärt sind und insoweit von einer festen Praxis gesprochen werden kann. So bei § 1630 hinsichtlich der Frage, wieweit beim Widerstreite der Interessen der Vater seine Kinder vertreten kann (vgl. auch zu § 1628), bei §§ 1635, 1636 über die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, bei § 1654 über die Haftung des Vaters für die Kosten eines in Vertretung des Kindes geführten Rechtsstreits, wobei, im Gegensatze zur Mehrzahl der übrigen OLG., nur das OLG. Zweibrücken die Haftung des Vaters von dem Vorhandensein eines seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens abhängig machen will.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1628. OLG. **21** 285 (KG.). Der Vater, dem nach § 1635 die tatsächliche Sorge für die Person seines Kindes nicht zusteht, ist doch zur Vertretung des Kindes bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegen den Unterhaltsverpflichteten berechtigt und verpflichtet. Bestellt daher das Vormundschaftsgericht zur Geltendmachung dieser Ansprüche einen Pfleger, so greift es in die Rechtssphäre des Vaters ein und gibt diesem ein Recht zur Beschwerde (§ 20 FGG.). Dies trifft auch zu, wenn der Vater selbst der Unterhaltspflichtige ist. Die Geltendmachung der gegen ihn zu verfolgenden Ansprüche ist weder Teil eines Rechtsstreits zwischen Vater und Kind, noch ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB.; sie fällt auch nicht unter die Handlungen der §§ 1630 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1. Dagegen kann in Ansehung ihrer ein Interessengegensatz zwischen Vater und Kind bestehen, wenn der Vater seiner Unterhaltspflicht nicht nachkommt, und dann Anlaß gegeben sein, dem Vater nach §§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2 die Vertretung zu entziehen.

§ 1630. 1. Mangelnde Vertretungsbefugnis des Vaters. a) **RG.** WarnE. **3** 431, R. **10** Nr. 3893. Bei einem Rechtsgeschäfte, das der Vater mit sich als Vertreter seiner Kinder schließt, ist eine solche Vertretung auch dann unwirksam, wenn den Kindern aus dem Rechtsgeschäfte nur Rechte und Vorteile erwachsen. **b)** ElsLothJZ. **10** 265, ZBlFG. **11** 44 (Colmar). Ein Vater kann seine minderjährigen Kinder nicht bei einem Geschäfte vertreten, durch das diese das Eigentum an einem ihnen bisher in Erbengemeinschaft mit ihren Geschwistern gehörigen Grundstücke erwerben sollen, während ihm selbst der Nießbrauch daran zustehen soll

2. Nichtanwendbarkeit des § 181 BGB. HessRspr. **10** 158 (LG. Darmstadt). Ein Fall des § 181 BGB. ist nicht gegeben, wenn ein Vater ein ihm gehöriges Grundstück bei der Zwangsversteigerung im Namen seiner

Kinder ersteht, da hier nicht der Vater als Schuldner in das Rechtsgeschäft eintritt, sondern dieses von dem Gläubiger kraft staatlicher Autorität gegen den Willen des Schuldners und nicht an dessen Stelle vorgenommen wird.

3. Vertretung der Kinder durch denselben Pfleger. ElsLothJZ. **10** 392, ElsLothNotZ. **10** 274, BadNotZ. **10** 205 (Colmar). Bei einer Auseinandersetzung lediglich zwischen dem Vater einerseits und seinen Kindern andererseits können die Kinder durch einen Pfleger vertreten werden, auch wenn der Vater für seine Kinder eine Sicherungshypothek zu gleichen Anteilen bestellt, da die Bestimmung dieser Anteile aus § 420 BGB. folgt und nicht bewirkt, daß deshalb die Auseinandersetzung zugleich als eine solche zwischen den Kindern anzusehen sei.

4. Abs. 2. Vgl. zu § 1628.

§ 1631. A. Schulpflicht. PrVolksschulA. **10** 35 (KG., Strafs.). § 1631 ist rein privatrechtlicher Natur und sichert lediglich das Erziehungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt etwaigen Willensäußerungen des Kindes sowie unbefugten Eingriffen dritter Personen gegenüber. Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die allgemeine Schulpflicht sind dagegen hiervon unberührt geblieben. Der Vater hat damit nicht das Recht erhalten, das schulpflichtige Kind durch Unterbringung im Auslande dem vorgeschriebenen Schulbesuche zu entziehen (KGJ. **23** C 114).

Literatur: Kaufmann, Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher. Stuttgart 1910.

B. Züchtigungsrecht. **RG.** (Strafs.) **42** 347, R. **10** Nr. 1203. Der Leiter einer Privaterziehungsanstalt hat in demselben Maße wie der Vater das Recht, die dieser Anstalt überwiesenen Fürsorgezöglinge körperlich zu züchtigen.

C. Verpflegungsverträge. *Wolf, Hess. Landesprivatrecht, Ergänzungsband III zu Dernburg, BürgR. § 191 III 2. Landesgesetzliche Bestimmungen, welche den Abschluß von Verpflegungsverträgen an polizeiliche Genehmigung binden, sind unwirksam.

D. Religiöse Erziehung. I. In Preußen. 1. Literatur. a) Geißeler, DJZ. **10** 234, hält die Bestimmungen des preußischen Rechtes über die religiöse Erziehung der aus Mischehen geborenen Kinder (Dekl. v. 21. November 1803, §§ 78, 82—84 II 2 ALR.) nicht für zweckentsprechend, wonach nach dem Tode des Vaters die Kinder in der Regel in dem Glaubensbekenntnisse des Vaters zu erziehen sind, selbst wenn nachgewiesen werden kann, daß der Vater mit der Erziehung des Kindes in dem bisher gewählten Glaubensbekenntnisse durchaus einverstanden gewesen ist. Empfohlen wird, nach dem Vorgange Württembergs Verträge über religiöse Erziehung der Kinder zuzulassen. b) Weißler, Gewissensnot in Preußen, DNotV. **10** 409, bespricht die Rechtsprechung des Kammergerichts über die religiöse Kindererziehung, deren Ergebnisse er nicht billigt, indem er ausführt: Der § 78 II 2 ALR. soll erst bei Uneinigkeit der Eltern zur Anwendung kommen, der Tod des einen Elternteils führt aber eine solche Uneinigkeit nicht herbei. Auch die §§ 80 bis 83 aaO. stehen unter der Voraussetzung, daß keine elterliche Einigung vorliegt. Im Falle des § 82 wird die Einigung bindend oder vielmehr zur gesetzlichen Norm, von der der Überlebende nicht mehr zurücktreten kann. In den anderen Fällen bewirkt der Rücktritt des Überlebenden den Eintritt der gesetzlichen Norm. Von einer Anwendbarkeit des § 1666 BGB. kann keine Rede sein, wenn die Mutter ihr Kind in dem Religionsbekenntnis erzieht, dem der verstorbene Vater es zugeführt hatte. Aber auch nach dem Tode beider Eltern kann es aus dem Gesichtspunkte des Wohles eines Mündels richtiger sein, daß nicht auf Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gedrungen wird. Empfohlen wird, bei Aufnahme ge-

meinschaftlicher Testamente die elterliche Einigung zu beurkunden. Der Verfasser befürwortet endlich in Übereinstimmung mit Güttler (Die religiöse Kindererziehung im Deutschen Reiche, 1908), die landesrechtlichen Vorschriften über die religiöse Kindererziehung ersatzlos zu streichen. — Desgleichen redet **c)** Wießner, PrVolksschulA. **10** 97 im Anschluß an eine Besprechung der Rechtsprechung des KG. einer freieren, nicht lediglich den Wortlaut zugrunde legenden Auslegung der §§ 78, 82 II 2 ALR. das Wort, soweit es darauf ankommt, auch nach dem Tode des Vaters das Einigsein der Eltern für berechtigt zu erklären.

2. Rechtsprechung. a) OLG. **21** 249 (KG.). Der § 78 II 2 ALR., der der Willenseinigung der Eltern ein maßgebendes Gewicht beilegt, kommt nur so lange zur Anwendung, als beide Eltern am Leben sind. Der § 82 aaO. hat seit der Dekl. v. 21. November 1803 die Bedeutung, daß, wenn der Vater ein Kind wenigstens das ganze letzte Jahr vor seinem Tode in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter hat unterrichten lassen, dieser Unterricht auch nach seinem Tode fortgesetzt werden muß. **b)** OLG. **21** 250, R. **10** 819 (KG.). § 78 II. 2 ALR. bezieht sich nur auf bestehende Ehen. Die Auslegung dahin, daß die Einigung so lange anzunehmen sei, als eine Uneinigkeit der Ehegatten nicht eingetreten sei, ist unrichtig, da eine Einigkeit unter den Ehegatten ausgeschlossen erscheint, wenn einer von ihnen verstorben ist. Für den Fall, daß die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst ist, kann demnach eine Abweichung von der gesetzlichen Regel nur eintreten, wenn die Voraussetzungen des § 82 aaO. vorliegen. Es muß daher, wenn § 82 nicht zutrifft, bei der Deklaration v. 21. November 1803 verbleiben, und es kann weder der vom Vater anderweit geäußerte Wille noch auch besonders die Taufe, die der Vater einem bestimmten Religionsbekenntnis entsprechend hat vornehmen lassen, als für die religiöse Erziehung über den Tod des Vaters hinaus maßgebend erachtet werden. Unter „Unterricht" im Sinne des § 82 aaO. ist ein planmäßiger Unterricht zu verstehen, wie er in den öffentlichen Volksschulen erteilt wird, er kann durch den Besuch des Gottesdienstes nicht ersetzt werden. **c)** KGJ. **39** A 15, OLG. **21** 253 (KG.). Der Grundsatz, daß Kinder aus gemischter Ehe in der Religion des Vaters zu unterrichten sind, gilt auch dann, wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat oder wenn ihm die Personensorge nicht zusteht. **d)** KGJ. **38** A 94, R. **10** 484, RheinANV. **28** 60 (KG.). Ist der Vater gemäß dem PrG. betr. den Austritt aus der Kirche v. 14. Mai 1873 mit bürgerlicher Wirkung aus der Kirche ausgetreten, ohne sich auch mit kirchlicher Wirkung von der Glaubensgemeinschaft seines Bekenntnisses losgesagt zu haben, so sind nach seinem Tode die Kinder in diesem Bekenntnisse zu erziehen. Gehört der Vater keiner Religionsgemeinschaft mehr an, so sind nach seinem Tode die Kinder in dem Bekenntnisse zu erziehen, dem er zuletzt angehört hat. **e)** OLG. **21** 251, R. **10** 819 (KG.). Durch das G. betr. den Unterhalt der öffentlichen Schulen vom 28. Juli 1906 (GS. 335), insbes. dessen § 33 Abs. 1, ist hinsichtlich der Pflichten der Eltern und sonstigen Gewalthaber bei der religiösen Kindererziehung nichts geändert worden. Denn dieses Gesetz stellt sich lediglich auf den Boden der bisherigen Entwickelung der Schulverhältnisse und will deren Festhaltung durch verbindliche Normen sichern, es richtet überhaupt nicht Gebote an die Gewalthaber wegen der Kindererziehung, sondern enthält nur Anweisungen an die Schulbehörden und Schulgemeinden wegen Einrichtung der Schulen. **f)** KGJ. **39** A 21 (KG.). Im Sinne der hannov. Kgl. VO. über die religiöse Erziehung der Kinder, deren Eltern verschiedener Religion sind, vom 31. Juli 1826 (HannovGS. Abt. I S. 174) sind Ehen zwischen Lutheranern und Reformierten als Ehen zwischen Personen verschiedenen Glaubensbekenntnisses anzusehen. Dem Vater steht nach dieser VO. das Recht der

freien Bestimmung der Konfession seines aus einer gemischten Ehe hervorgegangenen Kindes in der Weise zu, daß er es in seiner eigenen Konfession oder in der der Mutter oder auch in einer dritten erziehen lassen kann. Derselbe Grundsatz gilt nach gemeinem deutschen Rechte für gemischte wie für ungemischte Ehen.

II. In Bayern. a) Über die religiöse Erziehung von Kindern aus ungemischter Ehe und von Adoptivkindern vgl. R. **10** 327 und BayRflZ. **10** 349 (Bay. VerwGH.): Das elterliche Verfügungsrecht über die Glaubensangehörigkeit eines Kindes steht nur den leiblichen Eltern zu. b) R. **10** 391 (BayVerwGH.). Vertragsmäßige Bestimmungen über die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen können in Bayern nur in der nach den bürgerlichen Gesetzen für den Abschluß von Eheverträgen vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Unter den im § 14 der II. Verfassungsbeilage genannten „sonstigen Verträgen" sind Eheverträge im weiteren Sinne zu verstehen.

III. In Württemberg. BoschersZ. **10** 230, WürttJ. **22** 312 (Stuttgart). Nach Ziff. VI des Religionsedikts v. 15. Oktober 1806 (RegBl. **1807** 609) werden in Württemberg Kinder aus gemischten Ehen in der Regel bis zu den Unterscheidungsjahren in der Religion des Vaters erzogen, doch ist es den Eheleuten erlaubt, durch Vertrag eine andere Bestimmung zu setzen; die Verträge sind aber nur gültig, wenn sie vor der (zuständigen) Obrigkeit des Gatten abgeschlossen worden sind. Eine Obrigkeit im Sinne dieses Gesetzes ist das Schultheißenamt, und zwar ist zuständig diejenige mit vollziehender Gewalt ausgestattete Behörde, in deren Bezirke der Vater zur Zeit des Vertragsschlusses seinen Wohnsitz oder einen auf eine gewisse Dauer berechneten Aufenthalt hat. Der Vater bleibt auch nach dem Tode seiner Ehefrau an den Vertrag gebunden.

IV. Vgl. auch Ziff. A II und IV 3 zu § 1666, unten S. 449, 450.

§ 1632. 1. Die Entsch. des OLG. Breslau — JDR. **8** zu § 1632 — auch OLG. **21** 257.

2. HansGZ. **10** Beibl. 83, OLG. **21** 255 (Hamburg). Es geht nicht an, die Voraussetzungen des gleicherweise gegen den mittelbaren wie gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Eigentums-Herausgabeanspruchs für Sachen (BGB. § 985) schlankweg auf die Herausgabe von Personen zu übertragen, wie bei Örtmann (Anm. 2b zu § 1632) geschieht. Deshalb enthält die Mutter das Kind dem Vater nicht vor, wenn sie keine solche tatsächliche Gewalt über das Kind hat, daß es in ihrem Willen steht, das Kind zur Verfügung des Vaters zu halten, und wenn sie es unterläßt, auf den Dritten, in dessen Obhut und Pflege das Kind sich befindet, einzuwirken.

§§ 1632, 1634. 1. Die Entsch. PosMSchr. **09** 48 (Posen) — JDR. **8** Ziff. 2 zu §§ 1632, 1634 — auch OLG. **21** 256.

2. SächsRpflA. **10** 48, R. **10** Nr. 3529 (Dresden). Ein Recht der Mutter, dem Vater das Kind vorzuenthalten, kann begründet sein durch eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 BGB. oder durch eine Verfügung des Prozeßgerichts nach § 627 ZPO.

3. a) SchlHolstAnz. **10** 28 (Kiel). Der Anspruch des Vaters gegen die Mutter auf Herausgabe des Kindes ist auf Grund des § 1354 BGB. abzuweisen, wenn sich sein Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. b) Ebenso SächsRpflA. **11** 62 (Dresden), da der Schlußsatz des § 1634 nicht besage, daß die Mutter gegen eine ihr eigenes Fürsorgerecht beeinträchtigende Entscheidung des Vaters schutzlos gelassen werden müßte. Dagegen c) HansGZ. **10** Beibl. 35, OLG. **21** 257 (Hamburg). Den Einwand des Mißbrauchs kann aber die Frau nicht auf Gründe stützen, die lediglich dem Gebiete der Fürsorge für die Person des Kindes angehören, z. B. weil die Unterbringung des Kindes bei dem Vater wegen seiner

schwachen Gesundheit nicht dienlich sei (vgl. **RG.** JW. **07** Nr. 2, GruchotsBeitr. **47** 978). **d)** Ebenso PosMSchr. **10** 184 (Posen).

§ 1635. I. Anwendungsgebiet. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** Ziff. 4 zu § 1635 — (Maßgeblichkeit einer auch nur einstweiligen Anordnung des Vormundschaftsgerichts für den Prozeßrichter) auch SeuffBl. **10** 135, 642, SeuffA. **65** 365, BayRpflZ. **10** 135, PosMSchr. **10** 40.

2. R. **10** Nr. 4102 (Colmar). Der Ehefrau kann während des Scheidungsprozesses die Sorge für die Person eines noch nicht sechs Jahre alten Knaben übertragen werden.

3. **RG. 74** 76, JW. **10** 819. Das aus § 1612 Abs. 2 zu entnehmende Recht des Vaters, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, muß gegenüber dem Rechte der Mutter, der gemäß § 1635 die Sorge für die Person des Kindes zusteht, zurücktreten. Der Vater darf sein Bestimmungsrecht nicht in einer Weise ausüben, daß dadurch die Rechte der Mutter (z. B. das Kind bei sich zu behalten und zu erziehen) beeinträchtigt oder gar vereitelt würden. Ein entgegenstehendes Verlangen des Vaters braucht die Mutter nicht zu beachten, ohne genötigt zu sein, zuvor gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 das Vormundschaftsgericht anzurufen, da es sich lediglich um den Widerstreit zweier sich gegenüberstehender Elternrechte, nicht um eine Gefährdung des Wohles des Kindes handelt.

II. Abs. 1 Satz 2. **a)** OLG. **21** 260 (KG.). Der Umstand, daß das Kind bei dem anderen Elternteile besser aufgehoben sein würde, ist zwar die erste Voraussetzung für eine nach § 1635 Satz 2 BGB. zu treffende Anordnung, reicht aber für sich allein nicht aus, dem zur Personensorge berechtigten Elternteile dieses sein Recht zu entziehen. Lassen sich gegen ihn sprechende Tatsachen nicht einwandfrei feststellen oder halten sich die für den einen oder anderen Elternteil sprechenden Umstände (vom Stande der Interessen des Kindes aus) die Wage, so muß es bei der vom Gesetze getroffenen Regelung bewenden. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 36, OLG. **21** 260 (Hamburg). Nur wenn das Interesse des Kindes gebietet, bei dem an der Scheidung schuldigen Elternteile zu bleiben, also wenn es bei dem anderen gefährdet würde, kann das Vormundschaftsgericht eine von § 1635 abweichende Anordnung treffen. **c)** R. **10** Nr. 2843 (BayObLG.). Entfremdung des Kindes gegenüber seinen Verwandten und seiner deutschen Abstammung ist nur dann ein Grund zum Einschreiten, wenn ihr Eintritt bereits zu befürchten ist.

III. Abs. 2. OLG. **22** 126, SeuffA. **65** 328, SchlHolstAnz. **10** 98 (Kiel). Steht gemäß § 1635 BGB. der Mutter die Sorge für die Person, dem Vater aber die Vertretung des Kindes zu, so hat das Kind gegen den Vater kein Klagerecht, daß dieser einen Lehrvertrag für ihn abschließe. Das BGB. geht von dem Grundsatze der Ausschließlichkeit und Selbständigkeit der Vertretungsmacht des Vaters aus und gibt die Fälle einzeln an (§§ 113 Abs. 3, 1304 Abs. 2, 1337 Abs. 1), in denen das Kind das Recht hat, sich wegen verweigerter Einwilligung des gesetzlichen Vertreters an das Gericht zu wenden; es schließt aber in diesen Fällen, in denen es sie gleichzeitig auf den Vormund beschränkt, den Prozeßweg aus und setzt die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts fest. Indem das gleiche im Falle des § 1308 BGB. gegenüber den Eltern festgesetzt ist, lassen diese Bestimmungen erkennen, daß dem minderjährigen Kinde ein klagbarer Anspruch auf Einwilligung nicht hat eingeräumt werden sollen. Bei Mißbrauch des Vertretungsrechts bieten §§ 1630, 1796, 1666 ff. einen Schutz; zuständig ist dann aber nicht das Prozeß-, sondern das Vormundschaftsgericht.

§ 1636. I. Entsprechende Anwendung. **a)** KGJ. **39** A 3, R. **10** Nr. 263 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist zur näheren Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern auch dann zuständig, wenn die Ehe der Eltern noch nicht geschieden ist, die Eltern vielmehr nur getrennt leben. Vgl. RJA. **10**

100. Der § 1636 Satz 2 läßt eine ausdehnende Auslegung zu. b) SeuffA. **65** 362 (Jena). § 1636 Satz 2 enthält den allgemeinen Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens, daß die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen den Eltern und ihren Kindern auch bei noch bestehender Ehe dem Vormundschaftsgericht, und zwar ausschließlich, zustehen soll. Für die Ausschließlichkeit dieser Zuständigkeit sprechen zwingende prozeßpolitische und praktische Erwägungen. § 627 ZPO. hat nur die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern im allgemeinen im Auge (JW. **02** Beibl. 207), dagegen fällt die nähere Regelung des Verkehrs nicht in den Kreis der nach § 627 ZPO. zulässigen Anordnungen.

II. Verhältnis zu § 627 ZPO. 1. **RG.** PosMSchr. **10** 12. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung die Zuständigkeit des Eherichters zur Regelung des Verkehrs der Ehegatten mit den Kindern anerkannt (JW. **02** Beibl. 207). Eine andere Frage ist, ob nicht der Eherichter die nähere Regelung des Verkehrs aus dem Grunde abzulehnen habe, daß das Vormundschaftsgericht angerufen werden könne und deshalb nach § 940 ZPO. die Regelung durch einstweilige Verfügung nicht nötig erscheine. Dies ist nicht der Fall, wenn eine gerichtliche Anordnung erforderlich ist, damit nicht dadurch, daß der eine Ehegatte den Verkehr des anderen mit den Kindern verhindert, eine erhebliche Gefährdung der Beziehungen des anderen Ehegatten zu den Kindern eintrete.

2. OLG. **21** 257 (KG. III ZS.). Durch eine im Scheidungsprozesse gemäß § 627 ZPO. getroffene Anordnung wird das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts in den gesetzlich vorgesehenen Fällen nicht ausgeschlossen. Ergehen hiernach abweichende Entscheidungen beider Instanzen, so hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, welcher Beschluß dem anderen vorzugehen hat. Jedenfalls ist ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts neben dem Prozeßgerichte während eines anhängigen Scheidungsprozesses nur in den Grenzen des § 1666 BGB. zulässig, wobei ein nur auf die Dauer des Prozesses beschränktes Interimistikum nicht in Frage kommen kann, da die Schaffung eines solchen gerade dem Prozeßgerichte durch § 627 ZPO. vorbehalten worden ist.

III. Rechtsweg. 1. OLG. **21** 263 (Hamburg). Der Anspruch der Mutter auf ungehinderten Verkehr mit dem Kinde ist ein privatrechtlicher, über dessen Bestehen zu entscheiden die ordentlichen Gerichte zuständig sind. § 1636 und **RG. 69** 94 betreffen nur die Regelung des Verkehrs, nicht die Frage, ob der Mutter das genannte Recht überhaupt zusteht. Zur Ermöglichung des Verkehrs genügt nicht ein passives Verhalten des anderen Teiles, vielmehr hat dieser auch etwaige Hindernisse zu beseitigen oder in anderer Weise das Zusammensein von Mutter und Kind herbeizuführen. Das Prozeßgericht kann füglich nur allgemein die Verpflichtung des Beklagten, geeignete Vorkehrungen zur Ermöglichung des Verkehrs zu treffen, aussprechen. Ist hierüber eine Einigung unter den Parteien nicht zu erzielen, so hat das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßregeln zu treffen.

2. SächsRpflA. **10** 373, ZBlFG. **11** 261 (Dresden). Das Prozeßgericht hat auf erhobene Feststellungsklage nur den Streit der Parteien darüber zu entscheiden, ob der Beklagte den Verkehr der Klägerin mit ihren Kindern zu gestatten habe. Die zur Regelung des Verkehrs erforderlichen Anordnungen hat das nach § 1636 Satz 2 ausschließlich zuständige Vormundschaftsgericht zu treffen. Deshalb ist eine Leistungsklage auf Gestattung des Verkehrs nicht zulässig.

3. Josef, SeuffBl. **10** 202 — gegen OLG. **18** 278 (München) — JDR. **8** II 2 zu § 1636. — § 1636 will nicht ein Klagerecht des einen Elternteils gegen den anderen auf Gestattung des Verkehrs mit den Kindern einführen, sondern nur klarstellen, daß neben dem Sorgerechte des einen Teiles das Verkehrsrecht des anderen bestehe und daß die Abgrenzung des gegenseitigen Rechtskreises durch das Vormundschaftsgericht zu erfolgen habe. Die Klage auf Rückschaffung der Kinder in

die Heimat kommt auf eine Beseitigung des dem anderen Elternteile zustehenden Rechtes, den Aufenthalt der Kinder außerhalb der Heimat zu bestimmen, hinaus.

IV. Regelung im einzelnen. 1. OLG. **21** 262 (Jena). § 1636 gewährt dem geschiedenen, an der Scheidung schuldigen Ehegatten ein Recht auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde, und dies Recht darf durch Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts nicht weiter verkümmert werden, als das Interesse der Kinder und des anderen Elternteils es erfordern.

2. OLG. **21** 262 (Hamburg). Eine vorübergehende, sich nur auf Tage und wenige Wochen erstreckende Unterbringung der Kinder im Hause der Mutter hält sich im Rahmen des der Mutter nach § 1636 zu gewährenden persönlichen Verkehrs.

V. Zwangsmaßregeln. BoschersZ. **10** 235 (Stuttgart). Die Frage, welche Zwangsmaßregeln zur Durchführung der gemäß § 1636 angeordneten Maßregeln zulässig seien, bestimmt sich im allgemeinen nach Landesrecht (**RG. 57** 134, **63** 236). In Württemberg kommt in dieser Beziehung Art. 33 AGGVG. zwar nicht zur unmittelbaren, aber doch zur sinngemäßen Anwendung, da auch hier in letzter Linie der Ungehorsam gegen eine Anordnung des Gerichts durch dessen Strafgewalt im Interesse der gerichtlichen Autorität gebrochen werden soll.

§ 1638. Abs. 1. *Rohde, ZBlFG. **10** 742. Der letztwillig von der Verwaltung des seinem Kinde zugewendeten Vermögens ausgeschlossene Vater kann das Kind auch bei der Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung nicht vertreten. Diese Verwaltungshandlungen stehen nur dem nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 zu bestellenden Pfleger zu, dessen Vertretungsbefugnis mit dem Erwerbe, d. h. dem Anfalle der Erbschaft beginnt, nicht etwa erst mit deren Annahme. Die Entziehung der Nutznießung berührt dagegen nicht das Vertretungsrecht des Vaters. AM. Planck V Vorbem. z. Abschn. II Tit. II Nr. II 4a u. b, wonach letzteres auch bei Ausschluß der Verwaltung gelten soll.

§ 1640. 1. HansGZ. **10** Beibl. 171, R. **10** Nr. 2571 (Hamburg). Ein Elternteil, der laut gemeinschaftlichen Testaments Alleinerbe des anderen geworden ist, kann von dem Vormundschaftsgerichte nicht gezwungen werden, den Kindern Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu geben oder ein Nachlaßverzeichnis zu errichten. Wenn den Kindern auch ein Anspruch auf den Pflichtteil zusteht, so ist doch der Pflichtteil kein Anteil an dem Nachlaß und der überlebende Elternteil als Verwalter des Kindesvermögens ist nicht Inhaber oder Teilhaber des Nachlasses und daher, wie ein für die Kinder besonders bestellter Pfleger, weder verpflichtet, noch überhaupt in der Lage, ein Nachlaßverzeichnis aufzumachen. Das kann er nur, weil er zufällig gleichzeitig Erbe ist. Als Erbe hat er nur nach § 2314 dem Pflichtteilsberechtigten Auskunft zu erteilen. Eine Abweichung von KGJ. **20** Nr. 61 (KG) liegt nicht vor.

2. BayObLG. **11** 541, R. **10** Nr. 3195 (BayObLG.). Daß das nach § 1640 BGB. aufzunehmende Verzeichnis aus einer einzigen Urkunde bestehe, ist weder begrifflich notwendig, noch ausdrücklich vorgeschrieben.

§ 1642. 1. KGJ. **38** A 11 (KG.). Die §§ 1809, 1810 und 1814 BGB. finden auf den Inhaber der elterlichen Gewalt keine Anwendung, wie aus dem Wortlaute des § 1642 und aus § 1667 Abs. 2 Satz 3 BGB. hervorgeht. Dies gilt auch dann, wenn die Kindergelder aus einem vom Vormundschaftsgerichte genehmigten Grundstücksverkaufe herrühren. Der Surrogationsgrundsatz ist nur für die Fälle der §§ 1646, 1638 Abs. 2, 1651 Abs. 2 BGB. anerkannt.

2. Ertel, BadNotZ. **10** 173. Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung eines im Namen des Kindes abgeschlossenen genehmigungsbedürftigen Vertrags (§ 1643 Abs. 1), sofern nicht etwa eine Verpflichtung des elterlichen Gewalthabers aus § 1642 BGB. besteht, nicht allgemein davon abhängig machen,

daß Sicherheit (insbesondere durch Hypothekenbestellung) geleistet werde. Vielmehr kann es nur nach Lage des einzelnen Falles gemäß § 1668 BGB. Sicherheitsleistung auferlegen, wenn es festgestellt hat, daß die Voraussetzungen des § 1667 Abs. 1 BGB. vorliegen und die nach § 1667 Abs. 2 BGB. zulässigen Maßregeln nicht ausreichend erscheinen.

§ 1643. 1. RheinZ. 2 246 (Colmar). Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn das VormGericht die Genehmigung zur Auflassung eines Nachlaßgrundstücks wegen der Möglichkeit der Gefährdung des Interesses der daran beteiligten Minderjährigen versagt.

2. a) ElsLothJZ. **10** 380 (Colmar). Ein Vater kann kraft elterlicher Gewalt für sein minderjähriges Kind das nackte Eigentum an einem Grundstück, an dem ihm selbst vom Verkäufer der lebenslängliche Nutzgenuß eingeräumt wird, erwerben und für den Kaufpreis zugunsten des Verkäufers (oder seines Zessionars) eine Sicherungshypothek bestellen sowie für diese die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Falle der Nichteinhaltung der Kaufbestimmungen erklären, ohne daß er hierzu die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen braucht. Der Beschluß des Ferienzivilsenats — JDR. 8 Ziff. II 2 zu § 1643 (auch abgedruckt OLG. **21** 287) — wird nicht gebilligt. Die Verfügung des Vaters über das fremde Grundstück wird nach § 185 BGB. mit dem Erwerbe des Grundstücks durch das Kind wirksam. — Dagegen **b)** SeuffA. **65** 23, HessRspr. **11** 21, OLG. **21** 286, BayNotZ. **11** 74 (Darmstadt). Zur Belastung eines zu erwerbenden Grundstücks mit einer Hypothek für den Kaufpreis bedarf der Inhaber der elterlichen Gewalt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wäre er in der Lage, bei dem ihm freigegebenen entgeltlichen Erwerbe von Grundvermögen die in dem Vertragsobjekt liegende Sicherheit durch dingliche Belastung alsbald wieder zu vereiteln, so würde darin eine von dem Gesetzgeber nicht gewollte Lücke in der Fürsorge für die Substanz des Kindesvermögens zu erblicken sein. Wenn im **RG. 69** 177 für eine entsprechende Hypothekbestellung des Ehemanns die Zustimmung der Ehefrau nicht für erforderlich erachtet wird, so handelt es sich um eine andere Sach- und Rechtslage (§ 1445 BGB.).

3. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1821.

§ 1645. 1. OLG. **21** 264 (KG.). § 1645 enthält nur eine Ordnungsvorschrift; die von dem Vater namens des Kindes vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind wirksam, soweit nicht im einzelnen Falle (z. B. nach § 1643) die Genehmigung des VormGerichts erforderlich ist. Ob die beabsichtigte Begründung eines Erwerbsgeschäfts im Namen des Kindes seinem Wohle förderlich sein werde, unterliegt der freien Beurteilung des VormGerichts. Kommt dieses zu der Überzeugung, daß dabei dem Kinde Vorteile nicht zufallen, dieses vielmehr nur mit den aus der Geschäftsführung entspringenden Schuldverbindlichkeiten belastet werden würde, so enthält die Ablehnung der Genehmigung keine Gesetzesverletzung.

2. OLG. **22** 161, R. **10** Nr. 4046, RheinA. **108** I 243 (Düsseldorf). Der Vertrag einer Schauspielerin mit dem Theaterdirektor ist ein Dienstvertrag im Sinne des § 113 BGB. und stellt nicht den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach § 112 BGB. dar. Dies gilt auch für § 1645 (und § 1823), da ein Handeln im Namen des Kindes bei einem unselbständigen Unternehmen nicht möglich ist.

§ 1647. 1. NaumburgAK. **10** 82 (LG. Magdeburg). Auf das Vermögen derjenigen Kinder, die ihm erst geboren werden, nachdem der über sein Vermögen eröffnete Konkurs beendigt ist, bezieht sich die Verwirkung der Verwaltung des Vaters nicht.

2. Vgl. auch unten S. 450, Ziff. A VI zu § 1666 BGB.

§ 1654. 1. a) SchlHolstAnz. **10** 273, OLG. **21** 265, HansGZ. **10** Beibl. 144 (Hamburg), hält es mit OLG. **12** 326 (Celle) und SeuffBl. **07** 166 (München) für die Frage, ob ein Vater für die Kosten eines von seinem minderjährigen Sohne geführten Prozesses nach § 1654 aufzukommen habe, für unerheblich, ob die ihm zustehenden Nutzungen zur Deckung dieser Kosten ausreichen oder ob überhaupt ein solches seiner Nutznießung unterliegendes Vermögen vorhanden ist. b) Ebenso SeuffBl. **10** 580, 581 (München, 2., 3. und 4. Senat) und OLG. **21** 264 (Rostock). c) Vogel, R. **10** 605 f. Der Vater haftet — gleich dem Nießbraucher (**RG. 72** 102) — für die Kosten eines für das minderjährige Kind geführten Prozesses auch dann persönlich, wenn er aus dem Nutznießungsrechte keinen Überschuß oder überhaupt keine Einnahmen erhält. Die Kostenhaftung umfaßt die Gerichtskosten, die Kosten der Anwälte beider Parteien und die außergerichtlichen Kosten des Gegners. Daß der Prozeß im Armenrechte geführt wird, ändert daran nichts. Wenn der Vater zahlungsfähig ist, muß dem Kinde das Armenrecht verweigert werden.

2. Dagegen BayRpflZ. **10** 410 (Zweibrücken). Satz 3 des § 1654 setzt das Vorhandensein eines der väterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens voraus, denn solange ein solches Vermögen nicht vorhanden ist, kann auch von dessen Lasten nicht gesprochen werden. Wenn dann Satz 3 mit den Worten beginnt: „Zu den Lasten gehören", so kann damit nur gemeint sein, als wenn es hieße: „Zu diesen Lasten". Daher braucht auch der Vater für die Kosten nicht aufzukommen, wenn ein seiner Nutznießung unterliegendes Vermögen nicht vorhanden ist. Der § 1387 kann nicht zur Vergleichung herangezogen werden, da sein Wortlaut ein anderer ist, insbesondere nicht mit ausdrücklichen Worten an das eheherrliche Nutznießungsrecht anknüpft. Wenn es daher auch richtig sein mag, daß die Haftung des Ehemanns für die Kosten einzutreten hat ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens, so ergibt doch die Fassung des § 1654 nicht, daß dasselbe für die Haftung des Vaters zu gelten habe, da das Nutznießungsrecht des Vaters von dem des Ehemanns in verschiedenen Punkten abweichend geregelt ist, insbes. kann der Vater, nicht aber während der Dauer des gesetzlichen Güterstandes der Ehemann auf sein Nutznießungsrecht verzichten (BGB. § 1662).

§ 1656. Abs. 2. Vgl. unten S. 450, Ziff. A VI zu § 1666 BGB.

§ 1665. WürttRpflZ. **11** 10 (Stuttgart). § 1665 enthält nicht eine Beeinträchtigung der elterlichen Gewalt, verleiht vielmehr nur dem Vorm.-Gericht die Befugnis, in Veranlassung besonderer Umstände beim Vorliegen des im § 1665 festgelegten Tatbestandes einzuschreiten, sei es auch nur durch vorläufige Maßregeln. Eine weitergehende Befugnis, etwa zu vorläufigen Maßregeln während eines nach § 1666 eingeleiteten Verfahrens, ist dem VormGericht auch nicht im FGG. eingeräumt.

§ 1666. A. **Reichsrecht.** I. Verschulden dem Kinde gegenüber. 1. a) OLG. **21** 270, R. **10** 820 (KG.). Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1666 BGB. ist ein Verschulden des Gewalthabers. Ein solches kann darin erblickt werden, daß er die Überweisung seines blinden Kindes in eine Blindenanstalt verweigert, obwohl er selbst die dazu erforderlichen Mittel aufbringen kann oder sie ihm von dritter Seite zur Verfügung gestellt werden. b) OLG. **21** 265 (KG.). Ein Verschulden des Gewalthabers kann darin erblickt werden, daß er eine sich bietende Gelegenheit, die drohende sittliche Verwahrlosung seiner Kinder (z. B. durch deren Unterbringung in einem Waisenhause) abzuwenden, ungenutzt läßt.

2. a) OLG. **21** 266 (KG.). Ein Anlaß, dem Vater die Sorge für die Person seines Kindes zu entziehen, liegt nicht vor, wenn das Kind bei der Mutter und ihren Eltern gut untergebracht ist, der von der Mutter getrennt lebende Ehemann aber dem Kinde den Unterhalt nur deshalb verweigert, weil die Mutter das Kind

seiner Häuslichkeit *fernhalte*. b) BayObLG. **11** 548. Die Entziehung des der (unehelichen) Mutter zustehenden Rechtes der Sorge für die Person ihres Kindes wird nicht schon dadurch gerechtfertigt, daß diese Entziehung und die anderweitige Betätigung der Sorge für die Person des Kindes durch die Anordnung seiner Belassung in den bisherigen Verhältnissen dem Kinde *vorteilhafter* ist.

3. BayObLG. **11** 89, R. **10** Nr. 925 (BayObLG.). Nur wenn der Vater durch die Entscheidung in einer Erziehungsfrage die ihm *dem Kinde gegenüber* obliegende Pflicht verletzt, sind auf Grund des § 1666 Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts zulässig. Glaubt die *Frau*, daß die Entscheidung des Mannes die *ihr* vom Gesetze (§ 1634) gestattete Anteilnahme an der Sorge für die Person des Kindes beeinträchtige, so hat sie ihr Recht nicht vor dem Vormundschaftsgerichte, sondern auf dem *Prozeßwege* geltend zu machen.

II. *Entziehung der religiösen Erziehung ohne die Voraussetzungen des* § 1666. KGJ. **39** A 15, OLG. **21** 253 (KG.). Auch dann, wenn im einzelnen Falle die Voraussetzungen des § 1666 BGB. *nicht* gegeben sein sollten, besteht die Möglichkeit, die Grundsätze des preußischen Landesrechts über die religiöse Kindererziehung gegenüber einem widerstrebenden Elternteile durchzuführen. Insbesondere besteht der § 28 der *preuß. Vormundschaftsordnung*, soweit er ein Bestandteil der landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Kindererziehung geworden ist, trotz der Außerkraftsetzung der PrVormO. (Art. 89 Nr. 30 PrAGBGB.) fort. Hiernach kann in der Auflehnung der Mutter gegen die über die religiöse Erziehung der Kinder getroffenen Vorschriften ein erheblicher Grund, ihr soweit das Erziehungsrecht zu nehmen, gefunden werden (KGJ. **20** A 143).

III. *Gegenwärtige Gefährdung*. a) OLG. **21** 267 (KG.). Auch ein einer *früheren* Zeit angehörendes ehrloses oder unsittliches Verhalten der Eltern kann die Anwendung des § 1666 begründen, wenn es in verhältnismäßig *naher* Vergangenheit liegt und seiner Art nach auf eine *Neigung* zu ehrlosem oder unsittlichem Gebaren schließen läßt, die sich bei gegebener Gelegenheit *wieder betätigen* kann (OLG. **4** 411, **6** 63). b) KGJ. **38** A 15 (KG.). *Frühere* Vorfälle können zwar zur Unterstützung der Feststellung eines unsittlichen Verhaltens herangezogen werden; auf sie allein darf sich dagegen diese Feststellung nicht gründen. Desgleichen gehört zur Anwendbarkeit des § 1666 Abs. 1 eine *gegenwärtige* Gefährdung des Kindes; die bloße *Möglichkeit* einer späteren Schädigung ist nicht ausreichend (OLG. **7** 418 Anm. 1, OLG. **8** 351). Nur eine solche *Möglichkeit* liegt vor, wenn der Sohn sich außerhalb des Vaterhauses in der Lehre befindet und der Vater mit einer Frau im Konkubinate lebt, solange ein tatsächlicher Anhalt dafür fehlt, daß der Vater von seinem Rechte, den Sohn wieder zu sich zu nehmen, Gebrauch machen will oder kann. — c) BayObLG. **11** 89, R. **10** Nr. 924 (BayObLG.). Eine Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes i. S. des § 1666 kann nur angenommen werden, wenn *begründete Besorgnis* einer schädigenden Einwirkung besteht; die bloße *Möglichkeit* einer solchen Schädigung genügt nicht, um Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr zu rechtfertigen. d) Ebenso ElsLothrJZ. **10** 278 (Colmar).

IV. *Mißbrauch*. 1. a) BayObLG. **11** 155, OLG. **21** 267, R. **10** Nr. 1393 (BayObLG.). Der Rechtsmißbrauch kann schon in der *Erhebung des Anspruchs auf Herausgabe des Kindes* liegen, wenn die Herausgabe mit einer ernsten Gefahr für das leibliche Wohl des Kindes verbunden ist. b) BayObLG. **11** 312, R. **10** Nr. 1986 (BayObLG.). Desgl. in der *Wegnahme* des Kindes aus geordneten Verhältnissen. In diesem Falle kann das VormGericht eine einstweilige Anordnung erlassen. c) KGJ. **38** A 35, OLG. **21** 275 Anm. 1, FürsZBl. **1** 238 (KG.). In der Weigerung der Mutter, ihr (uneheliches) Kind den zu seiner Be-

sichtigung vom Vormunde geschickten Vertreterinnen vorzuzeigen, kann ein das leibliche und geistige Wohl des Kindes gefährdender Mißbrauch des Personensorgerechts gefunden werden. S. auch unten Ziff. 1 zu § 1793.

2. WürttRpflZ. **10** 361, ZBlFG. **11** 458 (Stuttgart). Ist der Vater bestrebt, das Vermögen und den Erwerb seines Sohnes aus erster Ehe für sich, seine jetzige Frau und die Kinder zweiter Ehe zu verwenden und den Sohn erster Ehe zurückzusetzen und zu benachteiligen, nimmt er insbes. seinen Lohn in dieser Weise für sich in Anspruch und beläßt er ihm nicht soviel, als es seiner Lebensstellung entspricht, stellt er sich auch einem Berufswechsel des Sohnes aus unlauteren und eigensüchtigen Beweggründen entgegen, so kann hierin ein Mißbrauch der Personensorge und eine Verletzung und künftige erhebliche Gefährdung des Unterhalts gefunden werden. Dagegen kann die nach Art. 262 WürttAGBGB. begründete statutarische Nutznießung des überlebenden Ehegatten (als erbrechtlicher Anspruch) dem Vater nach § 1666 nicht entzogen werden.

3. KGJ. **39** A 21 (KG.). Ein Mißbrauch der Auswahl des Religionsbekenntnisses, dem das VormGericht nach § 1666 entgegenzutreten hat, liegt nicht schon deswegen vor, weil sich der Vater nicht lediglich von seiner religiös-sittlichen Überzeugung, sondern auch von äußeren Rücksichten auf das Wohlergehen des Kindes leiten läßt.

4. SächsOLG. **30** 462 (Dresden). Ein Mißbrauch des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes liegt nicht nur dann vor, wenn der Vater wider bessere Einsicht aus unlauteren Gründen seine Genehmigung verweigert, sondern auch schon dann, wenn er sich ohne stichhaltige Gründe überhaupt der besseren Einsicht nachhaltig verschließt.

V. Vernachlässigung. 1. SeuffA. **66** 71 (Dresden). Ob eine „grobe" Verletzung der Unterhaltspflicht vorliegt, die als Vernachlässigung des Kindes im Sinne des § 1666 Abs. 1 angesehen und dem Vater trotz seines Angebens, er habe damit die Herausgabe des Kindes erzwingen wollen, als Verschulden angerechnet werden könnte (BayObLG. **5** 212), richtet sich nach der Lage des besonderen Falles, insbesondere kann dies verneint werden, wenn durch das gegenwärtige Herausgabeverlangen des Vaters das Kind in seinem geistigen oder leiblichen Wohle nicht benachteiligt wird.

2. SächsOLG. **30** 460 (Dresden). Eine Vernachlässigung des Kindes kann nur als vorliegend angesehen werden, wenn dem Sorgeberechtigten die erforderliche Aufsicht nach den gegebenen Verhältnissen möglich war, er sie aber gleichwohl unterließ. Von einem Mißbrauche kann nicht gesprochen werden, wenn der Sorgeberechtigte sich der Fürsorgeerziehung widersetzt, weil für eine genügende Beaufsichtigung seines Kindes neuerdings gesorgt sei.

3. Kupfer, ZBlFG. **11** 77. Die Weigerung der Mutter eines unehelichen Kindes, den Namen des Vaters anzugeben, kann das VormGericht berechtigen, der Mutter wegen Verletzung der ihr für die Person des Kindes zustehenden Sorge diese Sorge zu entziehen oder zu beschränken.

VI. Verletzung der Unterhaltspflicht. KGJ. **38** A 15 (KG.). Ist über das Vermögen des Vaters der Konkurs eröffnet worden, so endigt nach § 1647 BGB. seine Vermögensverwaltung, d. i. (im Sinne des § 1638 Abs. 1) das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Sohnes zu sorgen. In einem solchen Falle ist also für eine Anordnung der Entziehung der Vermögensverwaltung nach § 1666 Abs. 2 kein Raum und die Ausübung der Nutznießung geht nach §§ 1647 Abs. 1, 1909 auf einen dem Kinde zu bestellenden Pfleger über. Nur soweit es darauf ankommt, aus den Nutzungen die Unterhaltskosten des Kindes gemäß § 1666 Abs. 2 BGB. vorweg zu entnehmen, kann eine Entziehung der Sorge für die Person und das Vermögen des

Kindes gemäß § 1666 Abs. 2 in Frage kommen, doch genügen unter Umständen weniger einschneidende Maßregeln, z. B. eine dem § 1656 Abs. 2 entsprechende Bestimmung, daß die Kosten des Unterhalts der Kinder aus deren Vermögen vorweg entnommen werden.

VII. Rechtsweg. *v. Lippmann, SeuffBl. **10** 134 — gegen Elzbacher, Unterlassungsklage 253, 254. Die dem Vormundschaftsgerichte gemäß §§ 1666 bis 1670, 1686 eingeräumten Befugnisse stehen ausschließlich in der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Die in Frage stehenden Eingriffe in das elterliche Recht und Beschränkungen dieses Rechtes können nicht Gegenstand eines Zivilrechtsstreits bilden. Es kann demnach auch von einer Unterlassungsklage keine Rede sein. Dasselbe gilt von dem ganzen Gebiete des Vormundschaftswesens (§§ 1886, 1895, 1897, 1915).

B. Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) nach Landesrecht.

I. Im allgemeinen. **a)** DJZ. **10** 969, KGJ. **39** A 28 (KG.). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Zwangserziehung ist in Art. 135 EGBGB. reichsgesetzlich geregelt. Jeder minderjährige Deutsche ist hiernach in Zwangserziehungssachen der Zuständigkeit seines Vormundschaftsgerichts unterworfen. Für die Anwendung des Art. 23 EGBGB. ist kein Raum. Aus Art. 135 folgt auch, daß jedes Vormundschaftsgericht lediglich sein Zwangserziehungsgesetz ohne Rücksicht auf bundesstaatliche Verschiedenheiten anzuwenden hat. **b)** Vgl. auch unten Ziff. III 1.

Literatur: v. Wider, ZBlFG. **11** 207, empfiehlt die Schaffung eines Reichsfürsorgegesetzes und einer kollegialen Behörde, der die Entscheidung sowohl über die Anordnung als über die Art des Vollzugs der Fürsorgeerziehung zu übertragen sei. — v. Welser, BayRpflZ. **10** 225, hält — entgegen Feisenberger, FürsZBl. **1** 217 — den Erlaß eines Reichsfürsorgeerziehungsgesetzes nicht für dringlich, wohl aber empfiehlt er — zur Vorbeugung der Verwahrlosung Jugendlicher — eine Beseitigung der beschränkenden Fassung des Art. 1 BayZwErzG., eine Verkürzung und Vereinfachung des Verfahrens und die Übertragung der Zuständigkeit von der Behörde des Heimatorts an jene des Wohnsitzes.

v. Frankenberg, FürsZBl. **2** 109, Der Unterstützungswohnsitz der Fürsorgezöglinge. v. Hollander, FürsZBl. **2** 217, Volksschule und Fürsorgeerziehung. — Leonhard, FürsZBl. **2** 181, Die Fürsorgeerziehung als Rechtseinrichtung und als pädagogische Aufgabe.

II. Preußen.

Literatur: Mampe, FürsZBl. **2** 37, Die Rechtsprechung auf dem Gebiete der Fürsorgeerziehung unter Zugrundelegung des preußischen Gesetzes. — Tobien, FürsZBl. **2** 30, Die Fürsorgeerziehung Minderjähriger in Preußen im Rechnungsjahre 1908 (Bericht über die Statistik des M. d. J.). — Bartels, FürsZBl. **2** 152, Köhne, DJZ. **11** 80 und Stange, FürsZBl. **2** 145 machen Vorschläge zur Abänderung des PrFürsErzG. — Kluge, FürsZBl. **2** 193, erörtert die Herabsetzung der oberen Altersgrenze bei der Fürsorgeerziehung.

1. Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung. **a)** Frankf. Rundsch. **44** 123 (KG.). Die Tatsache, daß ein Minderjähriger während eines schwebenden Fürsorgeerziehungsverfahrens zu einer Strafe verurteilt oder daß mit der Vollstreckung einer gegen ihn erkannten Strafe begonnen worden ist, steht der Durchführung der Fürsorgeerziehung nicht entgegen. **b)** OLG. **21** 269, R. **10** 819 (KG.). Die Eheschließung oder deren Bevorstehen ist zwar kein Hindernis für die Anordnung der Fürsorgeerziehung; es bedarf jedoch der Prüfung, ob nicht durch die Eheschließung die sonst bestehende Gefahr sittlicher Verwahrlosung des Mündels abgewendet werde. **c)** R. **10** 820 (KG.). Die Fürsorgeerziehung eines hochgradig idiotischen Kindes ist unzulässig. Durch Maßnahmen aus § 1666 BGB., wenn dessen Voraussetzungen vorliegen, kann erreicht werden, daß der Minderjährige auch gegen den Willen des Vaters in einer Idiotenanstalt untergebracht wird und die Kosten der Unterbringung von dem Vater in demselben Umfange bei-

getrieben werden, der seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht entspricht. d) FürsZBl. 2 118 (KG.). Ist die Fürsorgeerziehung lediglich wegen drohender sittlicher Verwahrlosung angeordnet und ist diese Gefahr beseitigt, so kann die Aufrechterhaltung der Fürsorgeerziehung nicht damit begründet werden, daß die Heilung des Zöglings wegen vorübergehender körperlicher Erkrankung abgewartet werden müsse.

2. Verhältnis zu § 1666 BGB. a) OLG. 21 270, R. 10 820 (KG.). Befindet sich ein vierjähriges Kind bei seiner der Gewerbsunzucht ergebenen Mutter, so bedarf die Anordnung seiner Fürsorgeerziehung besonderer Begründung, da regelmäßig die Trennung des Kindes von der Mutter und seine Unterbringung in moralisch einwandfreie Umgebung (§ 1666 Abs. 1 BGB.) ausreichen wird, die dem Kinde aus dem Verbleib in den jetzigen Verhältnissen drohende Gefahr zu beseitigen. b) OLG. 21 272 (KG.). Durch Maßnahmen aus § 1666 kann erreicht werden, daß der Minderjährige auch gegen den Willen des Vaters in einer Idiotenanstalt untergebracht wird und die Kosten von dem Vater entsprechend dem Maße seiner Unterhaltspflicht beigetrieben werden. Die Anordnung der Fürsorgeerziehung ist in einem solchen Falle nicht erfordelich.

Literatur: Schiller, PrVBl. 31 741, Die Fürsorgeerziehung im Lichte des OVG. und des KG.

3. Verhältnis zur Armenpflege. a) OLG. 21 267 (KG.). Beschlüsse des VormGerichts, durch die auf Grund des § 1666 Satz 1 BGB. die Trennung eines Kindes von den Eltern und dessen anderweitige Unterbringung angeordnet wird, ohne daß dies „zum Zwecke der Erziehung" geschieht, sind für den Armenverband materiell rechtsverbindlich und geeignet, die bisher nicht vorhandene Hilfsbedürftigkeit des Kindes zu begründen. b) Ebenso OLG. 21 268 (KG.), wo ferner bemerkt wird, daß, wenn der Armenverband sich weigern sollte, seinen Verpflichtungen nachzukommen, das VormGericht unbehindert sei, einen der alsdann veränderten Sach- und Rechtslage entsprechenden anderweitigen Beschluß zu fassen. c) Nach OLG. 21 269 (KG.) ist aber zunächst eine Entscheidung der dem verpflichteten Armenverbande übergeordneten Instanz herbeizuführen. d) PrVBl. 32 52, R. 10 749, FürsZBl. 2 233 (PrOVG.). Es ist nicht angängig, ohne besondere gesetzliche Regelung die Institute der Jugend- und Armenfürsorge zur einheitlichen Verfolgung und Sicherung des Zweckes, einem Kinde die notwendige Lebenshaltung zu verschaffen, miteinander gewissermaßen organisch zu verbinden. Ordnet das VormGericht die Trennung eines Kindes von den Eltern oder von der Mutter wegen Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles an, so kann die Trennung nur mit Anschluß einer gleichzeitigen anderweiten Unterbringung des Kindes erfolgen, gleichviel, von wem diese Unterkunft beschafft wird. Fehlen die hierzu erforderlichen Mittel, so erweist sich die Anordnung des VormGerichts als undurchführbar, vorbehaltlich des Rückgriffs auf die gesetzlich geordnete Fürsorgeerziehung. Jedenfalls ist das VormGericht nicht in der Lage, die Kosten seiner Anordnungen dem Armenverbande aufzubürden oder ihm Lasten aufzuerlegen, über die nach Grund, Art und Maß nur von jener Behörde selbst oder von anderen Behörden zu befinden ist. Die Tatsache des Mangels einer armenrechtlichen Lebenshaltung kann durch die Anordnung des VormGerichts weder begründet noch auch nur in einer für den Armenverband verbindlichen Weise festgestellt worden. Unberührt bleibt hiervon die Frage, welche Bedeutung einer die Trennung des Kindes von der Mutter verfügenden Anordnung des VormGerichts dann zukommt, wenn unabhängig von dieser Anordnung die Gewährung von Armenfürsorge für das Kind aus armenrechtlichen Gründen erforderlich geworden ist oder wird. Empfohlen wird eine gesetzliche Regelung entsprechend dem § 29 des SächsFEG. (Heranziehung der Armenverbände zu den Kosten der Ausführung vormundschaftsgerichtlicher Anordnungen).

4. Verfahren. a) KGJ. **38** A 86, R. **10** 485, OLG. **21** 273 Anm. 1 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat grundsätzlich die im Fürsorgeerziehungsverfahren anzuhörenden Personen selbst mündlich oder schriftlich anzuhören. § 12 FGG. findet auch in diesem Verfahren Anwendung. Bedient sich bei den ihm hiernach obliegenden Ermittelungen das Gericht der Mitwirkung anderer Behörden oder amtlicher Organe, so muß es doch auch selbst zur Feststellung des Sachverhalts beitragen und die Leitung der Ermittelungen übernehmen. **b)** Schleyer, ZBlFG. **11** 278. Bei dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift ist es dem Ermessen des VormGerichts überlassen, ob es das Fürsorgeerziehungsverfahren in geeigneten Fällen auf eine fest bestimmte Zeit aussetzen will. Eine Zustimmung der Antragsbehörden ist nicht Voraussetzung der Anordnung (aM. KGJ. **30** A 60), vielmehr sind die Interessen der Antragsbehörden dadurch hinreichend gewahrt, daß ihnen die Beschwerde gegen die Aussetzungsbeschlüsse gegeben ist. **c)** Meier, DJZ. **10** 1404 empfiehlt, im strafgerichtlichen Vorverfahren oder in der Voruntersuchung die Familienverhältnisse, insbes. Aufenthalt und Erziehung der Kinder von Landstreichern, Dirnen und Verbrechern festzustellen.

5. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. **a) §§ 1, 3, 7.** R. **10** 358 (KG.). An dem Grundsatze, daß die Entscheidung über einen Streit zwischen zwei in den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte belegenen preußischen Gerichten, der sich auf die Abgabe eines Fürsorgeerziehungsverfahrens gemäß § 46 FGG. bezieht, dem Kammergerichte zusteht, wird festgehalten. Steht der Minderjährige, betreffs dessen ein Fürsorgeerziehungsverfahren anhängig ist, unter Vormundschaft, so ist die Abgabe dieses Verfahrens an ein anderes Gericht nur zulässig, wenn zugleich auch die Vormundschaft an dieses Gericht abgegeben wird. **b) § 4.** KGJ. **38** A 83, R. **10** 484, OLG. **21** 273 Anm. 1 (KG.). Unter dem „Vorsteher der Königlichen Polizeibehörde" im Sinne des § 4 Abs. 1, 2, 3 PrFEG. ist nicht der Gemeindebeamte zu verstehen, der nach § 1 PrG. über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 oder nach anderen gleichlautenden Gesetzen im Namen des Königs die örtliche Polizeiverwaltung führt, sondern nur der besondere Staatsbeamte (Polizeipräsident, Vorsteher der Polizeidirektion usw.), dem auf Grund des § 2 jenes Gesetzes oder entsprechender anderer Gesetze die örtliche Polizeiverwaltung vom Minister des Innern übertragen worden ist. Nur dieser Beamte, nicht eine sonstige Polizeiverwaltung hat daher in Fürsorgeerziehungssachen ein Antrags- und Beschwerderecht. **c) §§ 4, 6.** R. **10** 253 (KG.). Hat das VormGericht die Anhörung des Vaters unterlassen, weil sein Aufenthaltsort schwierig zu ermitteln gewesen sei, so gibt diese Unterlassung dem Vater das Recht, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu verlangen, es sei denn, daß er sich der Anhörung böswillig entzogen hat, insbesondere, wenn er seinen Aufenthaltsort verheimlicht hat, nachdem er von der Einleitung des Fürsorgeerziehungsverfahrens oder dessen Bevorstehen Kenntnis erlangt hatte und er mit der Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit seiner Anhörung rechnen mußte. **d) § 5. α.** OLG. **21** 272 (KG.). Bei Gefahr im Verzug ist die vorläufige Unterbringung des Minderjährigen (§ 5 FEG.) sofort zulässig, ohne daß zuvor Ermittelungen angestellt zu werden brauchen. Mit ihrer Anordnung wird das Verfahren eingeleitet; eines gesonderten Einleitungsbeschlusses bedarf es nicht. Der Einleitung steht die Tatsache nicht entgegen, daß der Magistrat die endgültige Unterbringung des Minderjährigen noch nicht beantragt hat, denn das Verfahren ist von der Stellung eines Antrags nicht abhängig. β. FürsZBl. 2 238 (KG.). Eine auf Grund des § 1666 getroffene Anordnung, daß das Kind getrennt vom Vater untergebracht werde, schließt eine Gefahr für das Kind im Sinne des § 5 FEG. aus. Die Weigerung des Armenverbandes, die notwendigen Mittel herzugeben, kann eine Gefahr im Sinne des § 5 nicht begründen, weil es möglich ist,

diese Weigerung im Rechtsmittelwege zu beseitigen, und weil nicht damit gerechnet werden kann, daß der Ortsarmenverband auf seiner unbegründeten Weigerung verharren werde, wenn er sich überzeugt, daß das Festhalten an ihr das leibliche und geistige Wohl des seiner Fürsorge unterliegenden Hilfsbedürftigen schädigen muß. γ. R. **10** 358 (KG.). Der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen hat, wie die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 4 FEG. ergibt, gegen einen die vorläufige Unterbringung ablehnenden oder aufhebenden Beschluß kein Recht zur Beschwerde. **e) § 6.** OLG. **21** 273 (KG.). Neben der Wiederaufnahme nach § 6 FEG. ist ein Wiederaufnahmeverfahren nach den Vorschriften der ZPO. nicht zugelassen. **f) § 13.** α. OVG. **45** 430, DJZ. **10** 830, FürsZBl. **1** 285 (PrOVG.). Der Beschluß des Kommunalverbandes auf Aufhebung der Fürsorgeerziehung (§ 13 FEG.) ist der Anfechtung durch ein Rechtsmittel entzogen, dagegen ist die Aufsichtsbehörde des Kommunalverbandes berechtigt, einen solchen Beschluß wegen Gesetzesverletzung zu beanstanden. Die Aufhebung der FürsErz. vor beendeter Minderjährigkeit ist nur zulässig, wenn ihr Zweck erreicht oder die Erreichung des Zweckes anderweit sichergestellt ist, nicht aber, weil der Zweck der FürsErz. sich als unerreichbar erweist. Die Befähigung des Zöglings zum selbständigen Erwerbe des Unterhalts gehört nicht zu dem besonderen Zwecke der FürsErz. β. KGJ. **38** A 88, R. **10** 485, OLG. **21** 273 (KG.). Wenngleich der Kommunalverband nicht gehindert ist, aus einem nach § 13 Abs. 4 PrFEG. verfrüht gestellten Antrage der Eltern die Anregung zu entnehmen, der Aufhebung der Fürsorgeerziehung von Amts wegen erneut sachlich näher zu treten, so ist doch für die Anrufung des Vormundschaftsgerichts und für eine sachliche Entscheidung dieses Gerichts und des Beschwerdegerichts nach § 13 Abs. 3 aaO. notwendige Voraussetzung, daß ein zulässiger, mithin auch nicht nach Abs. 4 bei dem Kommunalverbande verfrüht gestellter Antrag vorliegt. Der Mangel verfrühter Stellung des Antrags wird nicht dadurch geheilt, daß die sechsmonatige Frist des § 13 Abs. 4 abläuft, bevor der Beschluß des Kommunalverbandes ergeht. **g) § 21.** α. **RG.** (Strafs.). R. **10** Nr. 1901. Nur das Vorliegen der Merkmale der §§ 120 oder 235 StGB. schließt nach dem Wortlaute des § 21 dessen Anwendung aus. β. **RG.** R. **10** Nr. 3298. Gegenstand des Behilflichseins ist nicht die Flucht aus einer Fürsorgeerziehungsanstalt, sondern ganz allgemein Beginn und Fortdauer des Zustandes, vermöge dessen der Zögling sich der Fürsorgeerziehung entzieht. Die Beihilfe kann hiernach auch noch, wenn die Flucht aus der Anstalt bereits stattgefunden hat, geleistet werden.

III. Bayern.

1. Zuständigkeit. **a)** BayObLG. **11** 581 R. **10** 679, BayRpflZ. **10** 341, ZBlFG. **11** 441, SeuffBl. **11** 35 (BayObLG.). Die Zuständigkeit zur Anordnung der Zwangserziehung regelt sich nach §§ 43, 36 FGG. auch gegenüber Deutschen, die Angehörige anderer Bundesstaaten sind. Daß ein deutscher Minderjähriger in dem Zeitpunkt, in dem das VormGericht mit der Angelegenheit befaßt wird, weder seinen Wohnsitz noch seinen Aufenthalt in Deutschland hat, steht der Anordnung der Zwangserziehung über ihn nicht entgegen; entscheidend ist, ob in absehbarer Zeit ein wirksamer Vollzug, z. B. zufolge Ausweisung aus dem Auslande möglich erscheint. **b)** BayObLG. **11** 10. Zur Entscheidung über die Anordnung der Zwangserziehung des ehelichen Kindes eines Vaters, dessen Wohnsitz im Inlande nicht zu ermitteln ist, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke das Kind seinen Aufenthalt hat.

2. Voraussetzungen der Zwangserziehung. **a)** BayObLG. **11** 215, OLG. **21** 269 Anm. 1 (BayObLG.). Die Zwangserziehung darf nur angeordnet werden, wenn auf anderem Wege eine geordnete Erziehung nicht zu erreichen ist, insbes. wenn nicht weniger tief in die Verhältnisse des Minderjährigen und ihrer Eltern eingreifende Auskunftsmittel ausreichen. **b)** R. **10** 823 (BayObLG.). Daß

die schlechte Führung des Minderjährigen auf psychopathischer Grundlage beruht, steht der Zwangserziehung nicht entgegen, solange nicht ausgesprochene Geisteskrankheit vorliegt und ein günstiger Einfluß auf den Charakter deshalb nicht mehr zu erwarten ist. c) BayObLG. **10** 569, R. **10** 679 (BayObLG.). Für die Beurteilung der Frage, ob die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens des Minderjährigen (Art. 1 Abs. 1 Nr. 3 G. v. 10. Mai 1902) notwendig sei, kommt es zunächst darauf an, ob bei dem Minderjährigen schon Anfänge des sittlichen Verderbens vorhanden sind, die zu völligem sittlichen Verderben zu führen drohen, falls dieser Entwicklung nicht Einhalt getan wird, dann aber auch darauf, unter welchen Einflüssen der Minderjährige im elterlichen Hause lebt, ob ihm eine dem sittlichen Verderben entgegenwirkende Erziehungstätigkeit zuteil wird oder etwa eine Förderung der sein sittliches Wohl gefährdenden Neigungen zu befürchten ist. — Die Vorschrift des § 1673 Abs. 2 BGB. ist auch in Zwangserziehungssachen zu beobachten.

3. Inhalt der Anordnung. BayObLG. **11** 285, OLG. **21** 269 Anm. 1, R. **10** 454 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht darf die Anordnung der Zwangserziehung, auch wenn es überzeugt ist, daß die Unterbringung des Verwahrlosten in einer Familie nicht möglich ist oder nicht zum Ziele führt, nicht auf die Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt beschränken; die Entscheidung darüber, ob der Minderjährige in einer Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen sei, ist vielmehr der Distriktsverwaltungsbehörde zu überlassen.

4. Zu einzelnen Bestimmungen des Zwangserziehungsgesetzes. a) **Art. 3.** α. R. **10** 751 (BayObLG.). Gefahr auf Verzug (Art. 3 ZwErzG.) besteht nur dann, wenn das Kind sofort einer verderblichen Umgebung zu entreißen ist, damit die Schäden, denen die Zwangserziehung vorbeugen soll, nicht schon vor ihrer Anordnung eintreten. β. R. **10** 358 (BayObLG.). Das Protokoll über die nach Art. 3 ZwEG. vorgeschriebene Anhörung des Minderjährigen kann nicht durch eine Aktennotiz des Vormundschaftsrichters über den Eindruck ersetzt werden, den auf ihn das Auftreten des Minderjährigen gemacht hat. b) **Art. 4.** α. BayObLG. **11** 570, R. **10** 679 (BayObLG.). Die vorläufige Unterbringung (Art. 4 BayZwErzG.) erfordert nicht die endgültige Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen der Zwangserziehung; hinreichende Anhaltspunkte für das Zutreffen des Art. 1 und Gefahr auf Verzug genügen. β. BayObLG. **11** 160, R. **10** 358, BayRpflZ. **10** 180, SeuffBl. **10** 362, ZBlFG. **10** 737 (BayObLG.). Selbst wenn die Aufzählung der zur sofortigen Beschwerde Berechtigten in Art. 4 ZwEG. nicht erschöpfend wäre, könnte etwa vorhandenen weiteren Beschwerdeberechtigten immer nur die sofortige, nicht die einfache Beschwerde zustehen; also ist auch § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG. unanwendbar und der Stiefvater hat daher gegenüber der Anordnung der Zwangserziehung seines Stiefkindes kein Beschwerderecht. c) **Art. 6.** BayObLG. **11** 185, BayRpflZ. **10** 219, OLG. **21** 269 Anm. 1, R. **10** 358, SeuffBl. **10** 471 (BayObLG.). Die Zwangserziehung ist, weil die Voraussetzungen ihrer Anordnung weggefallen seien (Art. § 6 ZwErzG.) nicht nur dann aufzuheben, wenn der Zweck der Zwangserziehung erreicht oder die Erreichung in anderer Weise gesichert ist, sondern auch dann, wenn die Aufrechterhaltung der Anordnung nutzlos sein würde, weil sich herausgestellt hat, daß die Zwangserziehung zur Verhütung der Verwahrlosung oder des völligen sittlichen Verderbens des Minderjährigen nicht führen kann, oder weil der weiteren Durchführung ein nicht bloß vorübergehendes Hindernis entgegensteht (BayObLG. **7** 625, **8** 295). Die Überfüllung der zur Unterbringung des Minderjährigen geeigneten Anstalten kann ein solches Hindernis nicht bilden, vielmehr wird dadurch nur der Beginn oder die Fortsetzung der Zwangserziehung verzögert. Der Neigung des Minderjährigen, sich der Anstaltserziehung durch die Flucht zu entziehen, kann durch er-

zieherischen Einfluß und strenge Aufsicht vorgebeugt werden. d) **Art. 12.** R. **10** 679 (BayObLG.). Im Verfahren der Anordnung der Zwangserziehung ist für Anwendung des § 97 ZPO. kein Raum. Gebühren und Porti bleiben nach Art. 12 Abs. 3 ZwErzG. außer Ansatz. Ob die Kosten unbegründeter Beschwerden den Beteiligten aufgebürdet werden, steht im Ermessen des Gerichts.

IV. Württemberg.

Literatur: Schneider, Die Fürsorgeerziehung Minderjähriger in Württemberg. Stuttgart 1909.

V. Sachsen.

Literatur: Käubler, Das sächsische Gesetz über die Fürsorgeerziehung v. 1. Februar 1909. — Gilbert, SächsRpflA. **11** 19, Die Einwirkungen der §§ 22 und 23 SächsFürsErzG. v. 1. Februar 1909 auf § 361 Ziff. 10 StGB. — Becker, ZBlFG. **10** 581, Einige allgemeinere Bemerkungen beim Inkrafttreten des sächsischen Fürsorgeerziehungsgesetzes. — Böttcher, Über Fürsorgeerziehung mit Rücksicht auf das SächsG. v. 1. Februar 1909. Leipzig 1910.

1. SächsOLG. **31** 24, R. **10** 455, FürsZBl. **2** 10 (Dresden). Die Ablehnung der Anordnung der Fürsorgeerziehung kann auf § 1 Abs. 2 SächsFürsErzG. v. 1. Februar 1909 nur gestützt werden, wenn die Besserungsmöglichkeit des über 16 Jahre alten Minderjährigen verneint wird. — Die Fürsorgeerziehung des sächsischen Rechtes ist wie diejenige des preußischen Rechtes die schärfste Maßnahme zur Verhütung der Verwahrlosung eines Minderjährigen, sie steht aber den übrigen milderen Maßregeln — Schulzucht, kirchlicher Einwirkung usw. — nicht in dem Sinne nach, daß solche milderen Maßregeln vorzugehen hätten, wenn solche auch der Regel nach vorher ohne Erfolg versucht worden sein werden. Wenn bei dem Vorhandensein der im § 1 Abs. 1 Nr. 1 FEG. sonst bezeichneten Voraussetzungen die Entfernung des Minderjährigen aus seiner bisherigen Umgebung zur Verhütung seiner Verwahrlosung geboten ist, so kann und muß die Fürsorgeerziehung und nur diese angewendet werden, sofern sich die Unterbringung in einer anderen Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt, wie § 2 ergibt, unter öffentlicher Aufsicht erforderlich macht. — Voraussetzung der Anordnungen aus § 1666, 1838 ist, daß die zur Unterbringung erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Sind öffentliche Mittel für die Unterbringung in Anspruch zu nehmen, so hat auch eine öffentliche Beaufsichtigung der Unterbringung einzutreten und ist demgemäß die Fürsorgeerziehung anzuordnen.

2. SächsOLG. **31** 171 (Dresden.) Die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach dem SächsFEG. ist auch für die nicht von § 30 des FEG. betroffenen Fälle zulässig, sofern die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung vorliegen.

3. SächsOLG. **31** 177 (Dresden). Das Beschwerderecht in Sachen der Fürsorgeerziehung ist im § 5 Abs. 3, § 6 Schlußabsatz und § 20 Abs. 7 SächsFEG. selbständig geregelt; § 20 FGG. insoweit (vgl. § 21 Abs. 1 FEG.) außer Kraft gesetzt. Gegen die nach § 5 Abs. 1 ergehende Verfügung des VormGerichts steht nach § 5 Abs. 3 der Antragsbehörde und, wenn die Fürsorgeerziehung angeordnet wird, auch den sonst im § 5 Abs. 2 Genannten die sofortige Beschwerde zu. Zu diesen gehört auch der gesetzliche Vertreter eines unehelichen Kindes, nicht aber die Mutter des Kindes, wenn ihr nicht die gesetzliche Vertretung zusteht.

VI. Hessen.

1. a) HessRspr. **11** 60 (Darmstadt). Es ist Sache des pflichtmäßigen Ermessens des Vormundschaftsgerichts, ob es durch Maßregeln nach §§ 1666, 1838 BGB. oder Art. 1 des HessZwErzG. das Interesse des Minderjährigen, die Gefährdung seines geistigen oder körperlichen Wohles zu verhüten, im Einzelfalle besser zu wahren glaubt. Die hiernach getroffene Entscheidung ist für andere Behörden sachlich rechtsverbindlich, deshalb kann durch eine abweichende Entscheidung der Armenbehörde nicht ein Notstand oder ein Zwang für die Gerichte, die Zwangserziehung auszusprechen, begründet werden. **b)** Schmidt, FürsZBl. **2** 13 befürwortet eine authentische Interpretation

des § 1666 Satz 1 dahin, daß in dem vorausgesetzten Falle nur Schutz- und Aufsichtsmaßregeln, unter Belassung des Minderjährigen in seiner Familie, durch das Vormundschaftsgericht getroffen werden dürften, während nur im Falle des § 1666 Satz 2 ein Zerreißen der Familienbande zulässig sei.

2. FürsZBl. 2 14 (Darmstadt). Die Maßregeln der §§ 1666, 1838 BGB. und das HessZwErzG. stehen gleichberechtigt nebeneinander, weder mit den einen, noch mit den anderen ist eine Ehrenminderung für den Minderjährigen verknüpft.

VII. Braunschweig. G. v. 6. Mai 1910, betr. Abänderung des G. v. 22. Oktober 1908 über die Fürsorgeerziehung Minderj. (G. u. VBl. 169).

§ 1667. Literatur: Ertel, BadNotZ. **10** 173, teilt eine Reihe älterer Entscheidungen mit, die die Voraussetzungen, unter denen der elterliche Gewalthaber zur Sicherheitsleistung für das Kindesvermögen verpflichtet ist, behandeln.

1. KGJ. **38** A 23 (KG.). Der § 1667 setzt voraus, daß durch die Pflichtverletzung des Vaters (der Mutter) das Vermögen des Kindes gegenwärtig, d. h. zur Zeit des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts gefährdet wird. Es genügt also weder eine künftige Gefährdung d. h. die Möglichkeit, daß später einmal eine Gefahr sich zeigt, noch eine vergangene Gefährdung d. h. eine solche, die zur Zeit des Einschreitens des Vormundschaftsgerichts nicht mehr besteht.

2. R. **10** Nr. 1265 (BayObLG.). Verfügt der Vater eigenmächtig über eine an ihn wegen Verletzung des Kindes gezahlte Abfindung, so kann ihm die Verwaltung dieses Kindesvermögens entzogen werden.

§ 1673. 1. BayObLG. **11** 89. Ein Verstoß gegen § 1673 begründet die weitere Beschwerde, wenn anzunehmen ist, daß die angefochtene Entscheidung auf der Nichtbeachtung der Vorschrift beruht. Vgl. BayObLG. **6** 702, **8** 546.

2. KGJ. **38** A 69 (KG.). § 1673 findet keine Anwendung, wenn die Verwaltung und Nutznießung dem Vater durch letztwillige Verfügung entzogen ist und es sich um die Bestellung eines Pflegers nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB. handelt.

3. BayObLG. **11** 553, R. **10** Nr. 2845 (BayObLG.). § 1673 findet auch Anwendung, wenn einem Elternteil an sich nur die Sorge für die Person des Kindes zusteht, sowie, wenn das Vormundschaftsgericht nach den bisherigen Erhebungen Anlaß zum Einschreiten nicht finden würde.

4. OLG. **21** 261 (KG.). Die Nichtanhörung von Verwandten enthält keine Verletzung des § 1673 Abs. 2, wenn nicht angenommen werden kann, daß diese Anhörung die Entscheidung beeinflußt hätte. Bescheinigungen einwandsfreier Personen sind im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulässige Beweismittel.

§ 1677. OLG. **21** 258, R. **10** Nr. 3530 (Hamburg). Dadurch, daß die elterliche Gewalt des Vaters, weil er sich im Zuchthause befindet, ruht und auf die Mutter übergegangen ist (BGB. § 1685), hat der Vater nicht alle Rechte der Sorge für die Person des Kindes verloren, vielmehr hat er das Recht, mit dem Kinde in Verbindung zu bleiben, sich nach seinem Wohlergehen zu erkundigen, und dergleichen behalten. Wieweit im einzelnen diese Rechte gehen, entscheidet sich nach den Umständen des Falles. Zuständig ist das Vormundschaftsgericht.

§ 1680. Vgl. o. S. 442 Ziff. D I 2c zu § 1631 (Religiöse Erziehung des Kindes bei Verwirkung der elterlichen Gewalt).

§ 1682. **RG.** R. **10** Nr. 3952. Die Bestimmung des § 1682 (und des § 1893) bezweckt den Schutz des Vaters (und des Vormundes). Sie schützt selbst den gutgläubigen Dritten nur unter der Voraussetzung, daß der Vater (oder Vormund) sich in gutem Glauben befindet.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1690. KGJ. **38** A 23 (KG.). Ist der Mutter ein Beistand bestellt, so bedarf der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks

für das Kind gerichtete Vertrag (§§ 1643, 1686, 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB.) nur dann der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn der Beistand die Rechte und Pflichten eines Pflegers hat (§ 1693) oder wenn das Kind in dem Vertrage Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt (§ 1822 Nr. 10 BGB.).

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Literatur: Josef, Willensmängel bei der Vaterschaftsanerkennung durch den unehelichen Erzeuger, AbürgR. **34** 282. — Klein, Inwieweit sind die Vorschriften über Stellvertretung auf die „Rechtshandlungen im engeren Sinne" analog anwendbar? ÖstZBl. **28** 553. — Winckler, Namenserteilung nach § 1706 Abs. 2 BGB. durch einen nichtdeutschen Ehemann, ZBlFG. **11** 432.

§ 1706. Winkler, ZBlFG. **11** 432, hält die Namenserteilung nach § 1706 Abs. 2 durch einen nichtdeutschen Ehemann einer deutschen unehelichen Mutter für zulässig. Der ausländische Ehemann übernimmt durch seine Erklärung keinerlei familien- oder vermögensrechtliche Pflichten, das Kind bleibt auch nach der Namenserteilung Deutscher.

§ 1707. BayObLG. **11** 548 (BayObLG.). Die Entziehung des der unehelichen Mutter zustehenden Rechtes der Sorge für die Person ihres Kindes wird nicht schon dadurch gerechtfertigt, daß diese Entziehung und die anderweitige Betätigung der Sorge für die Person des Kindes durch die Anordnung seiner Belassung in den bisherigen Verhältnissen dem Kinde vorteilhafter ist. Die Entziehung ist nur dann statthaft, wenn ohne sie das geistige oder leibliche Wohl des Kindes einer Gefährdung ausgesetzt sein würde.

§ 1708. 1. BadRpr. **10** 27 (LG. Karlsruhe). Neben der Unterhaltsklage ist eine besondere Klage auf „Anerkennung" der unehelichen Vaterschaft nicht zulässig. Ein solcher Anspruch ist rechtlich nicht begründet. Nirgends gesteht das BGB. dem unehelichen Kinde ein Recht darauf zu, daß sein angeblicher Erzeuger es anerkenne; die im § 1718 erwähnte „Anerkennung der Vaterschaft" ist ein freiwilliger Akt mit beschränkten Rechtswirkungen; er erzeugt nicht ein familienrechtliches Verhältnis zwischen dem Kinde und dem Anerkennenden. Auch soweit in den §§ 1720 Abs. 2 und 1725 von einer Anerkennung der Vaterschaft oder des Kindes die Rede ist, gibt es darauf keinen Rechtsanspruch.

2. KGJ. **38 A** 65 (KG.). Der Anspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Vater auf Gewährung von Unterhalt ist eine Angelegenheit, die nicht lediglich die Sorge für das Vermögen, sondern auch die Sorge für die Person des Kindes betrifft. Der unehelichen Mutter steht daher gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die eine vom Vormunde mit dem Vater getroffene Vereinbarung über eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung genehmigt wird, die Beschwerde zu, wenn sie geltend macht, daß durch die Vereinbarung das Interesse des Kindes verletzt sei.

3. a) Hamkens, SchlHolstAnz. **10** 113, über das Maß der Unterhaltssätze für uneheliche Kinder niederen Standes. **b)** Götte, NaumburgAK. **10** 36 über die Bemessung der Unterhaltszahlung für uneheliche Kinder. Maßgebend ist für Bemessung der Rente der Wohnsitz der Mutter.

4. a) FürsorgeZBl. **1** 263 (Breslau). Der uneheliche Vater fällt unter die Strafbest. des § 361 Ziff. 10 StGB. Vgl. FürsorgeZBl. 2 203. **b)** BadRpr. **10** 71 (Karlsruhe [Straff.]). § 361 Ziff. 10 StGB. ist auch auf außereheliche Väter anwendbar (vgl. JDR. **8** Ziff. 2).

5. Vgl. Ziff. 1 zu § 1717.

§ 1717 1. **RG.** JW. **10** 752, PosMschr. **10** 158, BayRpflZ. **10** 385. Anfechtung des Vaterschaftsanerkenntnisses. Es ist richtig, daß gemäß § 1717 die im § 1718 dem Vater des unehelichen Kindes auferlegte Verpflichtung nur denjenigen trifft, der der Mutter des Kindes innerhalb der im § 1717 Abs. 2 festgesetzten Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung, die vor dem 302. Tage liegt, kann die Verpflichtung aus § 1708 nicht begründen. Hat also der Kläger das Bestehen einer Unterhaltsverbindlichkeit gegenüber dem Beklagten anerkannt, ohne daß er in der durch § 1717 Abs. 2 bestimmten Zeit der Mutter des Kindes beigewohnt hat, so hat er das Schuldanerkenntnis ohne rechtlichen Grund abgegeben.

2. *Klein, ÖstZBl. **28** 553—558. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft ist Rechtshandlung in engerem Sinne, nicht Rechtsgeschäft. Stellvertretung unmöglich. Ist der uneheliche Vater geschäftsunfähig, so kann der gesetzliche Vertreter nicht für ihn anerkennen. Ist der uneheliche Vater beschränkt geschäftsfähig, so kann er, falls er die genügende geistige Reife und Gesundheit besitzt, um die Tragweite und Bedeutung des Rechtsakts würdigen zu können, mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters das Vaterschaftsanerkenntnis abgeben.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1720. BayObLG. **11** 288 (BayObLG.) über die Namensführung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder nach preuß. Rechte.

Achter Titel. Annahme an Kindes Statt.

§ 1767. KGJ. **38** A 91 (KG.). In einem Kindesannahmevertrag können Bestimmungen über die von der gesetzlichen Vorschrift abweichende religiöse Erziehung des Wahlkindes nicht getroffen werden. Wird in dem Annahmevertrage bestimmt, daß das Kind in einer anderen Religion als der des Annehmenden zu erziehen sei, so ist der Vertrag unwirksam.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur: 1. Im allgemeinen. Alfons Frank, Handbuch für Vormundschaftswesen unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften. Leipzig 1910, Pfeffer. — Tugendreich, Die Mutter- und Säuglingsfürsorge. 2. Hälfte, 2. Teil (mit Beiträgen von Landsberg und Weinberg). Stuttgart 1910. — Mischler, FürsZBl. **2** 158, Ländliche Arbeitsverfassung und Vormundschaftswesen.

2. Ausländisches Vormundschaftsrecht. Sieveking, ZBlFG. **10** 567, Ausländisches Vormundschaftsrecht. VI. Schweden.

3. Berufsvormundschaft. JW. **10** 974, V. Tagung deutscher Berufsvormünder in Berlin. Bericht. — Klumker, FürsZBl. **2** 157, Die neuere Entwickelung der Berufsvormundschaft. — v. Knebel-Döberitz, PrVerwBl. **32** 209, Die Berufsvormundschaft über uneheliche Kinder. — Kraus, Probleme der Berufsvormundschaft, FürsZBl. **2** 160. — Spann, FürsZBl. **2** 97, Statistische Aufgaben der Jugendfürsorge, insbes. der Berufsvormundschaft. — Starcke, FürsZBl. **2** 49, 103, empfiehlt zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen ehelicher Kinder gegen ihren Gewalthaber die Ausdehnung der Einrichtung der Berufsvormundschaft in der Form von Sammelpflegschaften. Zustimmend Pfeiffer, FürsZBl. **2** 78. — Merkt, BlAdmPr. **60** 1, Die Berufsvormundschaft in Bayern.

4. Jugendgerichte. Köhne, DJZ. **10** 525, Die Tätigkeit des Jugendgerichts Berlin-Mitte im Jahre 1909. — Rupprecht, SeuffBl. **10** 301, Das Jugendgericht. — Derselbe, BayRpflZ. **10** 27. Jugendgericht und Jugendgerichtshilfe in München. — Derselbe, DJZ. **10** 960, Zum Strafverfahren gegen Jugendliche. — Derselbe, DJZ. **10** 1217, Der zweite Deutsche Jugendgerichtstag (in München). — Frese, ZBlFG. **11** 15, Jugendfürsorge und Strafrechtspflege. — Becker, ZBlFG. **11** 219, Organisation und Zuständigkeit der Jugendgerichte. — Warhanek, AÖstGZ. **11** 12, Der zweite Deutsche Jugendgerichtstag in München.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Literatur: Samson, Die gesetzliche Vormundschaft. Leipzig 1910 (Diss.). — Schleusener, FürsZBl. 1 231, Der Beginn der Generalvormundschaft (Art. 78 § 4 PrAGBGB.).

§ 1773. Gesetzliche Vormundschaft. 1. DJZ. **10** 768 (RVA.). Art. 78 PrAGBGB. gilt nur, wenn eine Vormundschaft über den der Anstalt überwiesenen Minderjährigen bereits besteht oder wenn die Voraussetzungen zur Einleitung einer Vormundschaft vorliegen. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Hauskind in einer Anstalt zur Fürsorgeerziehung untergebracht ist, da durch die bloße Anordnung der Fürsorgeerziehung der Vater die elterliche Gewalt nicht verloren hat.

2. KGJ. **38** A 38, OLG. **21** 284 Anm. 1 (KG.). Die Anstaltsvormundschaft (Art. 78 § 1 PrAGBGB.) tritt nur ein, wenn der Minderjährige unter den Voraussetzungen des § 1773 BGB. und in der Absicht in die Anstalt aufgenommen wird, ihn dort nicht nur vorübergehend zu belassen.

3. PosMSchr. **10** 185 (KG.). Die Ersetzung eines Generalvormundes durch einen anderen Vormund ist grundsätzlich dann gerechtfertigt, wenn nach den besonderen Umständen des Falles diese Maßregel im Interesse des Mündels geboten ist, wenn z. B. die an sich zum Vormunde geeignete Pflegerin des Kindes nur unter der Bedingung, daß sie Vormund bleibt, dem Kinde eine so vorteilhafte Existenz bietet, wie sie die Armenverwaltung ihren Pfleglingen nicht zu schaffen vermag.

§ 1776. KGJ. **39** A 5 (KG.). Einem als Vormund (Pfleger) Berufenen, an dessen Stelle eine andere Person bestellt ist, steht nur die sofortige Beschwerde gegen die Bestellung (§ 60 Abs. 1 Ziff. 1 FGG.), nicht aber das Recht zu, noch nach dem Ablaufe der Beschwerdefrist wegen der Übergehung des Berufenen die Entlassung des Bestellten aus dem Amte zu verlangen. Dabei ist es unerheblich, ob das Vormundschaftsgericht den Berufenen absichtlich oder aus Unkenntnis über seine Berufung oder den Berufungsgrund übergangen hat. AM. Planck, Staudinger zu § 1778.

§ 1778. 1. ThürBl. **57** 223 (Jena). Ist der gesetzlich zur Vormundschaft Berufene übergangen worden, hat er aber diese Übergehung unangefochten gelassen, so lebt doch mit der Beendigung des Amtes des früheren Vormundes seine Berufung zur Vormundschaft wieder auf und er hat daher durch eine erneute Übergehung ein neues Beschwerderecht erlangt (OLG. **5** 201, R. **04** 226 Nr. 1094).

Literatur: Fuchs, SeuffBl. **10** 333, 409 („Die rechtliche Stellung eines Ehegatten als Vormund des anderen"), behandelt im § 1 die Rechtsstellung des Ehemanns als Vormundes seiner minderjährigen Frau auf dem Gebiete der Sorge für ihre Person und ihr Vermögen. Eingehend werden dargestellt die Rechte und Pflichten des Ehemanns, je nachdem es sich um das kraft ehelichen Güterrechts oder kraft der Vormundschaft seiner Verwaltung unterliegende Vermögen handelt, und die Rechte, die der Frau nach dem für die Ehe geltenden Güterstande hinsichtlich ihres Eingebrachten, ihres Sonderguts oder des Gesamtguts zustehen. — Rohde, ZBlFG. **11** 135 (Vormundschaft über Ehefrauen), stellt die Besonderheiten der über eine Ehefrau eingeleiteten Vormundschaft dar, wie sie sich aus den allgemeinen Wirkungen der Ehe und zum anderen aus dem ehelichen (gesetzlichen) Güterrecht ergeben, und bespricht zum Schlusse die Vormundschaft des Mannes über seine Frau.

2. **Abs. 3.** *Rohde, ZBlFG. **11** 154. Die Bestellung des Ehemanns zum Vormund seiner Frau ist als eine Ausnahme anzusehen, weil der Mann dadurch eine überwiegende Stellung erlangt, das Bedürfnis nach einer Pflegschaft (§ 1909) in vielen Fällen hervortreten kann und die sonst von dem Vormund über die Vermögensverwaltung des Mannes auszuübende Aufsicht fortfällt, während die Verantwortung des Vormundschaftsgerichts sich erhöht.

§ 1784. PrUntMin. v. 1. September 1909, betr. Dienstanweisung für die Kreisärzte (MBl. f. Mediz.-Ang. 381) § 27 Ziff. 7c. Die Genehmigung des Regierungspräsidenten ist erforderlich zur Übernahme einer Vormundschaft, zur Fortführung einer vor dem Eintritt in das Amt übernommenen Vormundschaft, zur Übernahme oder Fortführung einer Gegenvormundschaft, Beistandschaft oder Pflegschaft.

§ 1791. **RG. 74** 263, JW. **10** 1000, R. **10** Nr. 3953 lehnt eine analoge Ausdehnung der im § 174 BGB. gegebenen Vorschrift auf die Fälle der Vormundschaft ab. — Näheres s. o. zu § 174. — Der Beteiligte kann sich darüber, ob der als Vormund Auftretende wirklich Vormund sei, regelmäßig leicht durch Einsicht der Gerichtsakten oder durch die ihm auf Verlangen aus den Akten zu erteilenden Abschriften vergewissern (§ 34 FGG.).

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitte hat die Rechtsprechung eine Fülle von wichtigen Entscheidungen geliefert. So zu § 1789 über das Erfordernis der persönlichen Verpflichtung des Vormundes, zu § 1793 über die Ausübung der Vertretungsmacht des Vormundes durch Dritte und die Zuziehung von Hilfskräften, zu § 1833 über die Haftung des Vormundes für Pflichtverletzungen. Die Bedeutung des sog. Sperrvermerkes wird bei § 1809 von dem OLG. Colmar und in einem Aufsatze von Geyler erörtert. Das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach den §§ 1821, 1822 wird im Anschluß an einzelne Rechtsfälle untersucht, desgleichen (zu §§ 1828, 1829) die Bedeutung dieser Genehmigung und ihrer Mitteilung an den anderen Teil. Die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß die zur Ausschlagung einer Erbschaft erforderliche Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist erteilt sein muß, besonders wenn das Vormundschaftsgericht ein anderes als das Nachlaßgericht ist, werden bei § 1831 in mehreren Abhandlungen und Entscheidungen beleuchtet und zu heben versucht. Zu § 1812 hat sich das KG. dahin ausgesprochen, daß die an Stelle des Gegenvormundes erteilte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung keine echte Ersetzung einer Zustimmung im Sinne des § 53 FGG. sei. — Aus den bei § 1778 Abs. 3 erwähnten umfassenden Aufsätzen von Fuchs und Rohde werden zu diesem Abschnitt einzelne Auszüge mitgeteilt.

§ 1789. KGJ. **38** A 41, OLG. **21** 284, FrankfRundsch. **44** 114 (KG.). Die Bestimmung über die Art der Verpflichtung des Vormundes (durch Handschlag an Eidesstatt) ist eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht die Nichtigkeit des Rechtsaktes zur Folge hat, dagegen ist die persönliche Verpflichtung zu treuer und gewissenhafter Führung des Amtes eine unerläßliche Vorbedingung für die Wirksamkeit der Bestellung des Vormundes (Mot. 4 S. 1078). Eine bloße einseitige Bestätigung des Vormundes durch die zuständige Behörde, insbes. auf schriftlichem Wege ist nicht ausreichend und unwirksam (aM. Dernburg (3) IV § 110 S. 386).

§ 1793. 1. KGJ. **38** A 34, OLG. **21** 275 Anm. 1, FürsZBl. **1** 238 (KG.). Daß der Vormund zur Ausübung der Rechte und Pflichten seines Amtes dem Mündel gegenüber sich fremder Unterstützung bedienen und die Besorgung von Angelegenheiten, die ihrer Natur nach nicht eigene Entschließungen des Vormundes erfordern, anderen Personen übertragen darf, wird in der Literatur allgemein anerkannt, ergibt sich auch ohne weiteres aus den allgemeinen Verkehrsverhältnissen. In welchem Umfange die Zuziehung fremder Hilfskräfte erfolgen darf, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Eine dauernde Übertragung bestimmter Verrichtungen dergestalt, daß der Vormund sein Aufsichtsrecht ganz von sich auf einen Dritten abwälzen wollte, wäre allerdings unzulässig, da der Vormund für die Amtsführung jederzeit persönlich verantwortlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der

unverheiratete Vormund den Besuch des Mündels weiblichen Personen überträgt, die in der Kinderpflege Erfahrung besitzen. Es ist auch nicht unzulässig, dieselbe Person, z. B. den Geschäftsführer eines der Jugendfürsorge gewidmeten Charitasverbandes, zum Gesamtvormund in einer großen Anzahl von Vormundschaftssachen zu bestellen. Weigert sich die Mutter eines unehelichen Kindes, den von einem solchen Vormund entsandten Helferinnen das Kind zur Besichtigung vorzuzeigen, so kann darin ein das leibliche und geistige Wohl des Kindes gefährdender Mißbrauch des Personensorgerechts (§ 1666 Abs. 1) gefunden werden. Vgl. o. S. 449 Ziff. A IVc zu § 1666 BGB.

2. PosMSchr. **10** 159 (KG.). Der Vormund ist weder berechtigt, die Ausübung der Vormundschaft im ganzen, noch einzelne Entscheidungen, die er als Willensorgan des Mündels nach Prüfung der Umstände und des richtig verstandenen Mündelinteresses zu treffen hat, anderen Personen zu überlassen. Hierzu gehört die Frage, ob er zu einem von ihm im Namen des Mündels geschlossenen, der Genehmigung des VormGerichts bedürfenden Rechtsgeschäfte diese Genehmigung einholen und, wenn sie erteilt ist, ob er sie dem Geschäftsgegner mitteilen soll (BGB. § 1829).

3. *Rohde, Vormundschaft über Ehefrauen, ZBlFG. **11** 138. Neben der Vermögensverwaltung des Ehemanns (§ 1374) bleibt nur ein bescheidener Raum für die Sorge des Vormundes der Frau für deren Vermögen (§§ 1372, 1374 Abs. 2, 1375, 1401, 1402, 1407); seine Tätigkeit beschränkt sich meist auf eine gewisse Aufsicht sowie die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften und Prozessen. Verwaltet er das eingebrachte Vermögen der Frau, so besorgt er die Geschäfte des Mannes und ist ihm verantwortlich. In Notfällen (s. § 1401) hat er die Verwaltung zu übernehmen. Betreibt er mit Einwilligung oder Duldung des Mannes selbständig ein Erwerbsgeschäft für die Frau (§ 1405), so führt er diese Verwaltung als gesetzlicher Vertreter der Frau, ohne dem Manne verantwortlich zu sein.

§ 1795. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** Nr. I 3 zu § 1795 — Unzulässigkeit der Ermächtigung des Vormundes, im Namen des einen Mündels mit sich selbst als dem Vertreter des anderen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, auch RheinZ. **2** 225.

2. Die Entsch. des OLG. Hamburg — JDR. **8** Ziff. IV zu §1795 — auch OLG. **21** 284.

3. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1630.

§ 1796. BayObLG. **11** 64, R. **10** Nr. 1266 (BayObLG.). Interessenwiderstreit liegt schon dann vor, wenn dem Vormunde durch eine gegen den Mündel gerichtete Maßregel (z. B. dessen Unterbringung in einer Anstalt) ein natürlicher Vorteil (z. B. daß das Wohnungsrecht des Mündels erlischt und der Vormund der unmittelbaren Sorge für die Person des Mündels enthoben wird) zugeht.

§ 1800. 1. **RG.** (Strafs.) SächsRpflA. **10** 525. Hat der Vormund die tatsächliche Ausübung der Erziehungsgewalt nebst den darin begründeten Rechten und Pflichten auf einen Dritten übertragen, so kann das diesem zustehende Züchtigungsrecht nicht ohne weiteres durch ein Einschreiten der Polizeibehörde aufgehoben oder beschränkt werden.

2. PosMSchr. **10** 185 (KG.). Daß ein Vormund ein noch nicht zwölfjähriges Kind in geeigneten Fällen auch körperlich züchtigen darf und muß, ist unbedingt zu bejahen.

3. *Rohde, ZBlFG. **11** 51 ff. a) Die tatsächliche Fürsorge des Vormundes für eine unter Vormundschaft stehende minderjährige Ehefrau fällt fort und geht nicht auf den Ehemann über, dessen Fürsorge unabhängig von der Minderjährigkeit ist, sich nicht mit der Fürsorge des Vaters oder Vormundes deckt. b) Unter Fortfall der aus §§ 1631, 1632 sich ergebenden Rechte bleibt der Vater oder Vormund doch natürlicher Beistand der verheirateten Minderjährigen und behält eine Schutzpflicht, die

er jedoch ohne störende Einmischung in die persönlichen und ehelichen Verhältnisse, daher nicht ohne den Willen der Minderjährigen und nur soweit auszuüben hat, als diese keinen Rückhalt an ihrem Manne findet. c) Die Beschränkung der Fürsorge bleibt sowohl bei einer tatsächlichen Trennung der Minderjährigen von ihrem Manne bestehen, als auch (anders die herrschende Meinung) nach Auflösung der Ehe (Mot. IV 1239). d) Wird eine minderjährige Frau entmündigt, so erweitert sich die Fürsorge entsprechend § 1901 (s. dort).

§ 1802. 1. Fuchs, SeuffBl. **10** 337. Der Vormund einer verheirateten Frau hat deren Vermögen, auch soweit es der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegt, zu verzeichnen (aM. v. Blume, v. Staudinger). Das gleiche gilt für das eingebrachte Gut bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft und für die zum Gesamtgute gehörenden, von der Frau herrührenden Gegenstände.

2. *Rohde, ZBlFG. **11** 149. Der Vormund einer Ehefrau braucht deren eingebrachtes Gut nicht gemäß § 1802 zu verzeichnen. AM. Planck 2b zu § 1802. Dagegen hat der Vormund die Rechte der Frau aus §§ 1372, 1374 Satz 2 wahrzunehmen, insbesondere gemeinschaftlich mit dem Manne ein Verzeichnis oder Nachtragsverzeichnis des Eingebrachten aufzunehmen oder jedenfalls das vorhandene Verzeichnis durch Erkundigungen beim Manne nachzuprüfen.

3. Fuchs, SeuffBl. **10** 374 hält im Gegensatze zu seinem Kommentar (Anm. 5b, aa, α) die zum Vormund ihres Mannes bestellte Frau für verpflichtet, dem Vormundschaftsgericht auch ein Verzeichnis ihres eingebrachten Gutes einzureichen (vgl. § 1409 BGB.), während die im § 1372 BGB. vorgesehene Mitwirkung des Mannes bei der Aufnahme des Verzeichnisses nur durch einen Pfleger ausgeübt werden könnte.

§ 1807. Werner, DJZ. **10** 1056, macht Vorschläge wegen Ausgestaltung der inländischen Staatsanleihen, durch die die Mündel vor erheblichen Kursverlusten geschützt werden, insbes. dahin, daß die Anleihen innerhalb eines nicht zu langen Zeitraums zum vollen Nennwerte zurückgezahlt werden müssen.

§§ 1807 1808. ElsLothNotZ. **10** 70 (OLGPräs. Colmar). Die Anlegung von Mündelgeldern bei öffentlichen Vorschußkassen ist keine mündelsichere Anlage im Sinne des § 141 ElsLothAGBGB.

§ 1809. 1. R. **10** Nr. 3356 (Colmar). Es ist Aufgabe der Kassenverwaltung, nicht des Gerichts, die „Bestimmung" (den Sperrvermerk) in das Sparkassenbuch einzutragen. Die hierin liegende Vereinbarung des Vormundes und der Kasse behält nur so lange Geltung, als die Vormundschaft besteht; nach deren Beendigung bedarf es keiner Löschung des Sperrvermerkes. Nicht ausgeschlossen ist eine Bescheinigung des Vormundschaftsgerichts, daß die Vormundschaft beendigt und daher der Grund des Sperrvermerkes weggefallen ist.

2. Geyler, SächsRpflA. **10** 399. Eine dinglich wirkende Sperre des Sparkassenbuchs ist grundsätzlich nichtig (BGB. § 137 Satz 1) und nur zulässig, soweit sie durch gesetzliche Vorschriften (BGB. § 1809, 1079, 1288, 1377, 1525, 2119) ausdrücklich gedeckt wird. Verschieden hiervon sind Anlegungsverträge mit obligatorischer Beschränkung (BGB. § 137 Abs. 2) oder solche, in denen das Recht auf die Sparkasseneinlage erst mit dem Eintritt eines Ereignisses (z. B. der Volljährigkeit) erworben wird, oder solche, in denen der Einleger das Rückforderungsrecht auf eine bestimmte Zeit ausschließt. Die im Anlegungsvertrage gemäß § 1809 getroffene dingliche Verfügungsbeschränkung hat nur für die Dauer der Vormundschaft Wirksamkeit und fällt daher mit der Beendigung der Vormundschaft ohne weiteres fort, ohne daß es einer Beseitigung des Sperrvermerkes durch eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es empfiehlt sich deshalb aber auch, den Sperrvermerk so ausführlich zu fassen, daß aus ihm der Grund und die Dauer der Verfügungsbeschränkung hervorgeht.

§ 1812. 1. KGJ. **38** A 44, RJA. **10** 167, OLG. **21** 291 Anm. 1 (KG.). Der Genehmigung, die das Vormundschaftsgericht statt des Gegenvormundes erklärt, braucht die Entscheidung des Gegenvormundes nicht voranzugehen. Sie ist deshalb keine echte Ersetzung einer Zustimmung im Sinne des § 53 FGG. und tritt daher nicht erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit. § 53 FGG. hat nur solche Verfügungen im Auge, für die das Gesetz einen Antrag als unerläßliche Vorbedingung erfordert. Die entgegengesetzte Ansicht KGJ. **26** A 18, die den § 53 FGG. auf den in § 1797 BGB. behandelten Fall der Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten mehrerer Vormünder für anwendbar erklärt, wird nicht aufrecht erhalten. Spricht daher das Vormundschaftsgericht, sei es von vornherein, sei es erst nach Weigerung des Gegenvormundes, die Genehmigung aus, so ist für das genehmigte Rechtsgeschäft die Mitwirkung des Gegenvormundes ausgeschaltet. Die Sache liegt dann ebenso, als handelte es sich um ein Rechtsgeschäft, für das die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts von vornherein vorgeschrieben ist. Deshalb steht dem Gegenvormunde, sofern er vor der Erteilung der Genehmigung gehört worden ist (§ 1826), gegen die Verfügung, durch die seine Genehmigung ersetzt worden ist, ein Beschwerderecht nicht zu.

2. **a)** Fuchs, SeuffBl. **10** 333. Verfügt eine Frau als Vormund ihres Mannes in dessen Namen über eingebrachtes Gut, so verfügt sie nicht über Mündelvermögen; ihre Verfügung bedarf daher auch nicht der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts in den Fällen der §§ 1812, 1821, 1822. Dasselbe gilt, wenn sie ohne Rücksicht auf ihre Stellung als Vormund im eigenen Namen über ihr Eingebrachtes verfügt. — (339.) Jede Zustimmung, die ein materiell-rechtliches Erfordernis für die Wirksamkeit einer Verfügung darstellt, ist ihrerseits als Verfügung anzusehen. Soweit hiernach der Ehemann zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Zustimmung der Ehefrau bedarf (BGB. § 1375), bedarf auch die Zustimmung, die er als Vormund seiner Frau in deren Namen zu seiner Verfügung als Ehemann dem Geschäftsgegner gegenüber erteilt (BGB. § 182), der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts in den Fällen der §§ 1812, 1821, 1822 BGB. — **b)** Ebenso Rohde ZBl. FG. **11** 146.

§§ 1815, 1816. Eine Bek. des BayJM. v. 29. Oktober 1910 (JMBl. 993) — vgl. BayRpflZ. **10** 458 — empfiehlt den Vormundschaftsgerichten, die Vormünder auf die Möglichkeit der Benutzung des Reichsschuldbuchs zur Anlegung von Mündelgeld hinzuweisen. Desgl. empfiehlt der PrJM. durch Vf. v. 28. Sept. 10 (JMBl. 357) den Hinweis auf die Benutzung des Reichs- und des preußischen Staatsschuldbuchs. RG. v. 6. Mai 1910, RGBl. 840 und Pr.G v. 22. Mai 1910 (GS. 55).

§ 1821. 1. KGJ. **38** A 219, SeuffBl. **10** 116, R. **10** Nr. 720 (KG.). Sind Minderjährige zusammen mit anderen Personen Miteigentümer eines Grundstücksanteils in ungeteilter Erbengemeinschaft und soll dieser Grundstücksanteil an Vorausvermächtnisnehmer (§§ 2150, 2174), wie erforderlich, aufgelassen werden, so bedarf der gesetzliche Vertreter der Minderjährigen (Vater, Vormund) zur Auflassung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da es sich hierbei um eine Verfügung über den Grundstücksanteil i. S. des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. handelt. Denn wenn auch der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen vor der Auseinandersetzung nicht verfügen darf (§ 2033 Abs. 2), so schließt doch die gemeinschaftliche Verfügung aller Miterben begrifflich die Verfügung jedes einzelnen Erben hierüber in sich. Die Auflassung eines zum Nachlasse gehörigen Grundstücks oder Grundstücksanteils ist demgemäß eine von jedem einzelnen Miterben in Gemeinschaft mit den anderen vorzunehmende, das ganze Grundstück oder den Grundstücksanteil betreffende

Verfügung. (Vgl. BayObLG. 1 419.) Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist auch dann erforderlich, wenn die Auflassung in Erfüllung einer den Erben durch das Testament des Erblassers auferlegten Verpflichtung stattfinden muß, da § 1821 Abs. 1 Nr. 1 den Fall, daß eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung zur Verfügung über das Grundstück besteht, nicht ausnimmt. (Mot. IV 1138, 1124.) Der Fall der rechtskräftigen Verurteilung des Mündels zur Abgabe der Auflassungserklärung liegt anders, da es sich bei ihm um eine gegen den Mündel gerichtete Zwangsvollstreckung, nicht um eine von ihm ausgehende Verfügung über das Grundstück handelt (KGJ. **31** A 293).

2. ElsLothJZ. **10** 434, R. **10** Nr. 2572, OLG. **21** 288, ElsLothNotZ. **10** 356 (Colmar). Eine in einzelnen Abschnitten durchgeführte genehmigungsbedürftige Teilung kann erst, wenn sie abgeschlossen ist, im ganzen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erhalten, auch wenn die Verhandlungen durch Jahre getrennt sind.

3. HessRspr. **11** 76 (LG. Darmstadt). Der Auseinandersetzungsvertrag zwischen minderjährigen, in Erbengemeinschaft stehenden Teilhabern einer oHG. einerseits und dem anderen Gesellschafter andererseits, durch den die Gesellschafter sich gegenseitig Grundstücke der oHG. als Eigentum zuweisen, ist ein Vertrag, der eine Verfügung oder eine Verpflichtung zur Verfügung über die Grundstücke (§ 1821 Ziff. 1 u. 3) enthält.

§ 1822. 1. **Nr. 2.** KGJ. **38** A 50, OLG. **21** 288 Anm. 1 (KG.). Das Vormundschaftsgericht darf zu einer durch den Vormund (oder sonstigen gesetzlichen Vertreter) eines Mündels erklärten Erbschaftsausschlagung die Genehmigung nicht deshalb verweigern, weil tatsächliche oder rechtliche Zweifel an der Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung (z. B. ob die Erbschaft bereits angenommen oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen sei) beständen, vielmehr ist die Entscheidung von Zweifelfragen dem Prozeßgerichte zu überlassen.

2. **Nr. 3.** OLG. **21** 290 (KG. V ZS.). Zur Annahme des Mündels als stillen Gesellschafters bedarf es keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da es sich bei der stillen Gesellschaft nicht um einen gesellschaftlichen Betrieb handelt, der stille Gesellschafter sich vielmehr nur mit einem Kapital an der Gesellschaft beteiligt.

3. **Nr. 8.** OLG. **21** 289 (KG. XII ZS.). Auch ein Schuldversprechen (BGB. § 781), das bezweckt, Geld auf Kredit des Mündels zu beschaffen, bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, insbesondere wenn es bezweckt, ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft zu verdecken.

§§ 1821, 1822. *Rohde, ZBlFG. **11** 146. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erforderlich: a) soweit der Ehemann des Mündels ohne Zustimmung seiner Frau über ihr eingebrachtes Gut verfügen kann (§§ 1376, 1378) und verfügt, b) wenn die Zustimmung des Vormundes der Frau gemäß § 1379 vom Vormundschaftsgericht ersetzt wird.

§ 1828. 1. KGJ. **38** A 56, OLG. **21** 291 Anm. 1 (KG.). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist stets als eine dem Vormunde gegenüber abgegebene innere Anordnung des Vormundschaftsgerichts anzusehen. Infolgedessen kann durch sie das Recht eines Dritten nicht beeinträchtigt werden, eine solche Beeinträchtigung kann vielmehr nur von der Tätigkeit des Vormundes ausgehen. Deshalb ist derjenige, welchem ein Recht an dem durch das genehmigte Rechtsgeschäft betroffenen Gegenstande zusteht, nicht beschwerdeberechtigt.

2. **RG.** JW. **10** 158, ZBlFG. **10** 653. Wenn die von zwei Amtsgerichten erteilten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen miteinander im Widerspruche stehen, so liegt darin nicht schon eine Änderung der früheren durch die spätere, die gemäß § 55 FGG. rechtsungültig sein würde, vielmehr werden an sich

beide genehmigten Geschäfte rechtswirksam, ähnlich dem Falle, daß jemand dieselbe Sache nacheinander an verschiedene Personen verkauft.

§ 1829. 1. KGJ. **38** A 62, OLG. **21** 291 (KG.). Die Mitteilung des Vormundes von der Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung eines Vertrags durch das Vormundschaftsgericht bringt die im § 1829 Abs. 1 Satz 2 bezeichnete Wirkung gegenüber dem anderen Vertragsteile nur dann hervor, wenn sie sich nicht als bloße Kenntnisgabe von einer Tatsache, sondern als eine Willenserklärung (einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft) darstellt, die der Vormund, insbesondere bei verweigerter Genehmigung, in dem Sinne abgibt, daß er die Verfügung des Vormundschaftsgerichts als endgültige, für ihn die Sache erledigende betrachte. Nur unter dieser Voraussetzung hat die Mitteilung die Wirkung, daß die Verfügung des Vormundschaftsgerichts gemäß §§ 20, 55, 62 FGG. weder von diesem noch von dem Beschwerdegerichte geändert werden kann.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3954, 3955. Für die Beantwortung der Frage, ob der Genehmigungsbeschluß des VormGerichts einen in mehreren Urkunden niedergelegten Vertrag in allen Teilen deckt, kommt es nicht schlechthin auf den Wortlaut der Genehmigungsurkunde, sondern auch wesentlich darauf an, was der Vormundschaftsrichter damit gewollt hat (**RG. 50** 284). Der Umstand, daß die vom VormGericht ausgesprochene Genehmigung infolge Irrtums über den Inhalt des Vertrags sich mit diesem nicht deckt, beseitigt den Vertrag noch nicht. Bis die Vertragsteile ihn aufheben oder bis die erforderliche Genehmigung verweigert wird oder als verweigert gelten muß, behält er als sog. hinkender Vertrag nach wie vor Bestand in der Weise, daß seine Wirksamkeit von der nachträglichen Genehmigung des VormGerichts abhängt.

§ 1831. 1. *Laubhardt, Erbschaftsausschlagung und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. ZBlFG. **11** 200. Hat der Vormund innerhalb der Ausschlagungsfrist dem Nachlaßgerichte die Ausschlagung erklärt, so ist die Ausschlagung wirksam, auch wenn die rechtskräftige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst nach Ablauf der Frist beigebracht wird. Es würde sonst, da die Beibringung innerhalb der Frist oft unmöglich ist, der Mündel geschädigt und das Recht des Vormundes auf Ausnutzung der Frist sowie auf Beschwerde gegen einen ablehnenden Bescheid des Vormundschaftsgerichts illusorisch werden.

2. *Rohde, ZBlFG. **10** 746. Die Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft kann nicht nachträglich erteilt werden (KGJ. **21** A 197, **29** A 40, RJA. **2** 216), wohl aber gleichzeitig: a) Ist das Nachlaßgericht zugleich Vormundschaftsgericht und genehmigt das Gericht die Ausschlagung zu demselben Protokolle, zu dem diese erklärt wird, so ist die Genehmigung auch dann rechtzeitig, wenn das Protokoll zunächst die Ausschlagungserklärung und dann erst die Bekanntmachung der Genehmigung enthält. Die Ausschlagung ist erst mit Abschluß des Protokolls in gehöriger Form erklärt. b) Auch die nach Absendung der Ausschlagungserklärung an das Nachlaßgericht, aber bis zu deren Eingang bei diesem erteilte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist wirksam; es tritt kein Schwebezustand ein, das Rechtsgeschäft ist erst mit dem Eingange der Ausschlagung beim Nachlaßgericht „vorgenommen", bis dahin ist die Erklärung widerruflich. (750) Wird die Ausschlagungserklärung mit dem Antrag auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Ausschlagung eingereicht, so ist dies auch dann nicht eine Erklärung der Ausschlagung gegenüber dem Nachlaßgerichte, wenn das Vormundschaftsgericht zugleich Nachlaßgericht ist. Dies muß für die ganze eingereichte Urkunde gelten, auch wenn darin nicht genehmigungsbedürftige Erklärungen mit enthalten sind. (752) Zur Wirksamkeit der Ausschlagung ist nicht erforderlich, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in schriftlicher Form

vorgelegt oder eingereicht wird. Die Zurückweisung der Erklärung wegen eines solchen Mangels ist unzulässig.

3. KGJ. **38** A 50 (KG.) erörtert die Frage, ob die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam noch erklärt werden kann, wenn sich durch irgendwelche Umstände die Erteilung dieser Genehmigung über den Endpunkt der Ausschlagungsfrist hinaus verzögert hat, und erkennt an, daß deren unbedingte Verneinung Unzuträglichkeiten im Gefolge hat, besonders in Fällen, in denen die Zeit für die Entschließung des Vormundschaftsgerichts oder des Beschwerdegerichts nicht ausreicht, hält aber die bisher vorgeschlagenen Abhilfsversuche (Eccius, GruchotsBeitr. **44** 769, Breit, ZBlFG. **4** 569) nicht für befriedigend.

4. PosMSchr. **10** 160 (Marienwerder). Genehmigt das Gericht als VormGericht die ihm gegenüber von der Witwe im Namen der Kinder erklärte Ausschlagungserklärung und nimmt es darauf — als Nachlaßgericht — die Erklärungen der Witwe über die nunmehr als Erben in Betracht kommenden Personen entgegen, so ist mit der Vollendung des Protokolls die Erbschaftsausschlagung mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung in der Form des § 1945 erklärt und wirksam geworden.

§ 1833. 1. **RG.** JW. **10** 708, R. **10** Nr. 2574, BayRpflZ. **10** 282, WarnE. **3** 279. Ein Vormund (Pfleger), der sich zur Aufgabe einer Sicherheit versteht, wird nicht unter allen Umständen durch das Vorhandensein einer gerichtlichen, unter Zuziehung von Sachverständigen aufgenommenen Abschätzung der Pfandsache der Sorge für die Erzielung eines richtigen Schätzungsergebnisses enthoben. Es ist im Interesse des Mündels geboten, daß der Pfleger ihm bekannte, für eine Überschätzung sprechende Umstände durch geeignete Maßnahmen zur Geltung bringt.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2573, BayRpflZ. **10** 282. Eine Verpflichtung, die für eine Mündelhypothek bestellte Sicherheit fortbestehen zu lassen, ist dem Vormund in dieser Allgemeinheit durch das Gesetz nicht auferlegt. Deshalb ist es noch keine Pflichtverletzung, wenn er — im übrigen unter Einhaltung der für die Mündelsicherheit gezogenen gesetzlichen Grenzen — mit einer für den Mündel eingetragenen Hypothek wegen der zwischen dem Mündel und dessen Vater bestehenden Interessengemeinschaft einer anderen Hypothek den Vorrang einräumt.

3. SeuffA. **66** 73 (Dresden). Die Haftung des Vormundes (Pflegers) für seine Verwaltungsmaßregeln wird nicht durch die Tatsache schlechthin beseitigt, daß solche von dem VormGericht genehmigt worden sind. Aber es ist selbstverständlich, daß für die Frage, ob er mit der erforderlichen Sorgfalt zu Werke gegangen sei, dieser Umstand von größter Bedeutung sein muß, und daß er regelmäßig die Meinung des juristisch vorgebildeten VormRichters, falls er diesen wahrheitsgemäß über die sich erhebende Frage unterrichtet hat, als maßgebend behandeln darf. Es bedarf in diesem Falle des Nachweises besonderer Umstände, die zu dem Schlusse berechtigten, daß er sich in Ansehung einzelner Ausgaben über die Meinung des VormGerichts hinwegsetzen oder sich bei ihr nicht hätte beruhigen dürfen, auch ist sein Berufs- und Bildungsstand dabei zu berücksichtigen.

§ 1836. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3016, SchlHolstAnz. **10** 222 (in Abänderung von SchlHolstAnz. **10** 10 (Kiel). Die durch Beschluß des Amtsgerichts festgesetzte Vergütung des Vormundes oder des Nachlaßverwalters (§ 1975) kann im Urkundenprozeß eingeklagt werden, auch wenn der Mündel (oder der Nachlaßkonkursverwalter) Schadensersatzansprüche wegen unrichtiger Verwaltung und außerdem geltend macht, die Masse reiche nach Deckung der Massekosten nicht für die Masseschulden aus.

2. Josef, BuschsZ. **40** 317. Setzt das Beschwerdegericht die vom Vormundschaftsgerichte bewilligte Vergütung herab, so kann der Mündel, selbst wenn er zur Zahlung rechtskräftig verurteilt ist, den zuviel beigetriebenen

Betrag vom Vormunde zurückfordern. Diesem Anspruche steht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen, da Klage- und Entscheidungsgrund des Vorprozesses die Wirksamkeit der Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist, während der Rückforderungsanspruch sich umgekehrt auf die Aufhebung der Verfügung des Vormundschaftsgerichts gründet.

§§ 1835, 1836. ThürBl. **57** 220 (Jena). Auch noch nach Beendigung der Vormundschaft kann das Vormundschaftsgericht die Vergütung des Vormundes festsetzen. (RJA. **2** 5; **6** 13, KGJ. **21** A 199). Die Aufwendungen des Vormundes und der Entgelt für seine Dienste (§ 1836) sind nicht Gegenstand der Festsetzung. Es ist deshalb auch unzulässig, die Vergütung (§ 1836) und die Verläge (§ 1835) in einer Pauschalsumme festzusetzen.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837 ff. 1. Rechtshilfe. a) **RG.** DJZ. **10** 477 (Mitteilung von Hertel) und 590 (Mitteilung von Tzschaschel). Auch nach Beendigung der Vormundschaft (infolge Volljährigkeit des Mündels) bleiben — abgesehen von der Bestimmung des § 1892 — die Verrichtungen des VormGerichts hinsichtlich der zur Erledigung der Vormundschaft vorzunehmenden Geschäfte in vollem Umfange bestehen. Dem VormGericht ist es deshalb nicht verwehrt, in Unterstützung der Tätigkeit des Vormundes, soweit es eine solche Unterstützung nach Lage der Sache für angezeigt erachtet (**RG. 67** 419), die bei den Vormundschaftsakten befindlichen oder vom Vormund eingesandten Urkunden über die Kapitalsanlegung unmittelbar an den volljährig gewordenen Mündel herauszugeben. Damit ist aber auch dem VormGericht die Befugnis gegeben, diese Aushändigung durch Ersuchen des auswärtigen Gerichts, in dessen Bezirke der über die Entlastung zu hörende Mündel sich aufhält, zur Ausführung zu bringen. **b**) Ebenso OLG. **21** 191, HessRspr. **11** 4, SeuffA. **65** 204 (Darmstadt). Aushändigung des verwalteten Sparkassenbuchs an den Mündel. Dagegen **c**) BraunschwZ. **11** 17 (Braunschweig). Die Rechtshilfepflicht bezieht sich nicht auf die Pflicht des Nachlaßpflegers zur Aushändigung des Nachlasses an die Erben (§§ 1960, 1915, 1890 BGB.), vielmehr ist die Erfüllung dieser Pflicht Privatsache der Beteiligten, die nicht in den Kreis der den Gerichten durch das FGG. übertragenen Angelegenheiten fällt. Deshalb wird es für unerheblich erachtet, ob etwa durch landesgesetzliche Vorschrift Maßnahmen der vorliegenden Art dem ersuchenden Gerichte zur Pflicht gemacht oder doch freigestellt sind. **d**) SeuffBl. **10** 532 (München). Das Ersuchen des VormGerichts, die Mutter der Mündel als Vormünderin darüber zu vernehmen, wo die Mündel untergebracht seien und ob ihr Vater seinen Verpflichtungen nachkomme, darf nicht abgelehnt werden.

2. Rechtliche Stellung des Vormundschaftsgerichts. a) Landsberg, RheinA. **108** 80. Das Vormundschaftsgericht ist im Sinne des GVG. und der ZPO. eine „Verwaltungsbehörde". Auch seine Tätigkeit ist eine verwaltende (nach den Bestimmungen des FGG.). Es ist unrichtig, wenn man sagt, daß das VormGericht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit „wirkliche Rechtsstreitigkeiten" zu erledigen habe. Für das VormGericht gibt es keine Parteien, sondern nur Beteiligte. Die Ansicht **RG. 63** 236, daß die Rechtsverhältnisse, über die das VormGericht als Verwaltungsbehörde zu entscheiden habe, „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" im Sinne des § 13 GVG. seien, wird nicht gebilligt, da, wenn auch das VormGericht gelegentlich seiner Anordnung und als deren Voraussetzung Rechtsverhältnisse prüft und beurteilt, über die ein Rechtsstreit bestehen kann oder besteht, es damit nicht Recht unter den Parteien spricht, sondern nach Wahrung der ihm anvertrauten Schutzinteressen strebt (Unger, BuschsZ. **34** 276). Das VormGericht entscheidet mit seiner Verfügung entweder zugleich einen Widerstreit privater Interessen oder es

begründet Rechte oder Ansprüche zum Schutze oder zur Beförderung eines im Staatsinteresse zu erhaltenden Rechtsguts oder es übt eine rein disponierende Verwaltungstätigkeit aus. b) Josef, R. **10** 127, verneint gegen **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1002, **63** 236, daß das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde sei, deren zu erwartende Feststellung eines Rechtsverhältnisses zur Aussetzung eines Rechtsstreits (ZPO. § 148, FGG. § 24 Abs. 3) Anlaß geben könnte. Ebenso FürsZBl. **2** 121.

§ 1837. I. Aufsicht. 1. a) SächsRpflA. **10** 184 (Dresden). Das VormGericht kann davon ausgehen, daß der Vormund seinem mittels Handschlags an Eidesstatt gegebenen Versprechen gemäß seine Pflichten getreulich erfüllen werde, und hat (**RG. 67** 408) erst dann Anlaß zum Einschreiten, wenn besondere Umstände eintreten, die nach vernünftigem Ermessen Mißtrauen in seine Zuverlässigkeit zu erregen geeignet sind. Zur Anstellung eingehender Nachforschungen, ob seine Verhältnisse sich verschlechtert haben, ist das Gericht nicht verpflichtet. b) R. **10** Nr. 1987 (BayObLG.). Auch der Vormund eines wegen Trunksucht entmündigten Volljährigen hat dessen Aufenthalt nach freiem Ermessen zu bestimmen. Das VormGericht hat erst einzugreifen, wenn ein Anhalt für pflichtwidrige Ausübung des Ermessens vorliegt.

2. SchlHolstAnz. **10** 26, OLG. **21** 292 (Kiel). Wenn der Vormundschaftsrichter auch befugt ist, der Tätigkeit des Vormundes seine Unterstützung angedeihen zu lassen und unter Umständen auf Bitte des Vormundes die Rechtshilfe anderer Gerichte und Behörden zum Wohle des Mündels in Anspruch zu nehmen, so ist er doch nicht befugt, eine dem Vormund obliegende Tätigkeit, z. B. zur Zurückführung eines der Lehre entlaufenen Mündels, zu übernehmen, ohne für die durch diese Tätigkeit der Staatskasse erwachsenden Kosten Sorge zu tragen, denn das Gesetz und die Etatsvorschriften stellen ihm für solche Zwecke keine Mittel zur Verfügung. Wenn daher durch sein an die Polizeibehörde gerichtetes Ersuchen um Zurückführung des Mündels Kosten entstanden sind, so hat er der Staatskasse für diese Kosten aufzukommen.

3. * Rohde, ZBlFG. **11** 64. Die Aufsicht und Fürsorge des Vormundschaftsgerichts fällt fort, soweit §§ 1633, 1800 dem Vormund einer minderjährigen Ehefrau die Sorge für die Person entziehen. Daher keine Unterstützung durch Zuchtmittel, keine Anordnungen gemäß § 1838, keine Auskunft über die persönlichen Verhältnisse nach § 1839.

II. Pflichtwidrigkeit. ElsLothJZ. **10** 271, R. **10** Nr. 1267 (Colmar). Der Vormund handelt pflichtwidrig, wenn er dem Mündel die Mittel zur Durchführung der auf Wiederaufhebung der Entmündigung (ZPO. § 686) gerichteten Klage vorenthält, obwohl die Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint.

III. Ordnungsstrafverfahren. 1. OLG. **21** 291, ElsLothJZ. **10** 394 R. **10** Nr. 2375 (Colmar). Die Ordnungsstrafe des § 1837 bezweckt, den Vormund zur Befolgung der Anordnungen des Vormundschaftsgerichts anzuhalten, nicht aber, ihn wegen einer Pflichtwidrigkeit zu bestrafen, kann also nicht aufrecht erhalten werden, wenn dem Vormunde gleichzeitig mit der Festsetzung der Ordnungsstrafe die Vertretung des Mündels in der betreffenden Angelegenheit entzogen worden ist.

2. Freymuth, DJZ. **10** 142 f. Nach Beendigung des vormundschaftlichen Amtes darf das Beschwerdegericht eine vorher wegen Verletzung der Auskunftspflicht aus § 1839 verhängte Ordnungsstrafe nicht bestätigen.

§ 1840. 1. Fuchs, SeuffBl. **10** 380. Ist eine Frau zum Vormund ihres Mannes bestellt, so erstreckt sich ihre Verpflichtung zur Rechnungslegung auch auf ihr eingebrachtes Gut (vgl. § 1409 BGB.).

2. *Rohde, ZBlFG. **11** 151. Die Rechnungslegung des Vormundes einer Ehefrau erstreckt sich nicht auf das der Verwaltung des Mannes unterliegende eingebrachte Gut; verwaltet der Vormund — als Beauftragter des Mannes, vgl. bei §1793 Nr. 3— dieses Gut, so hat er dem Gerichte nur über den Stamm des Vermögens Rechnung zu legen. Im übrigen übt das Vormundschaftsgericht seine Aufsicht über die Vermögensfürsorge des Vormundes durch periodisches Erfordern von Vermögensübersichten aus.

§ 1847. Gimmerthal, AzivPr. **106** 274. Sieht man in § 1847 einen unentwickelten Familienrat, so muß die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung aufhören, falls ein Familienrat besteht.

§ 1848. 1. **RG.** JW. **10** 288, R. **10** Nr. 1268. Der Vormundschaftsrichter haftet, wenn er dem Vormunde die Abhebung der Wertpapiere des Mündels dadurch ermöglicht hat, daß er den in den Bedingungen der Hinterlegungsstelle vorgesehenen Sperrvermerk auf der Hinterlegungserklärung nicht hat anbringen lassen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3001. Der Vormundschaftsrichter verletzt die ihm obliegende Amtspflicht, wenn er den vom Beistande gestellten Antrag auf Löschung von Hypotheken des Mündels genehmigt, ohne irgendeine Sicherheit dafür zu haben, daß der dem Mündel durch die Löschung unmittelbar erwachsende Nachteil durch die vom Antragsteller beabsichtigte Wiedereintragung der Hypotheken beseitigt werde.

3. RheinA. **107** I 194, ZBlFG. **10** 653 (Cöln). Regelmäßig trifft den Vormundschaftsrichter kein Verschulden, wenn er bei einer Pflegschaft, mit der eine Vermögensverwaltung verbunden ist, einen Gegenvormund nicht bestellt (BGB. § 1905), anders aber, wenn er dies bei Einleitung einer Vormundschaft unterläßt, es sei denn, daß es sich nur um eine unerhebliche Vermögensverwaltung handelt (§ 1792 Abs. 2). Er haftet ferner für Fahrlässigkeit, wenn er Sparkassenbücher des Mündels nicht sperrt (§ 1809) und dadurch dem Vormund oder Pfleger Unterschlagungen möglich macht.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

Literatur: Gimmerthal, Der deutsche Waisenrat. Nürnberg 1910. — Pfister, Der Waisenrat. Ein Ratgeber für die bayerischen Waisenräte. München 1910. — Köpke, Leitfaden für Waisenräte und Waisenpflegerinnen. Neumark i. Westpreußen 1910. — Löwenherz, Gemeindewaisenrat und Vormund (11). Hannover 1909.

§§ 1849—1851. 1. Josef, FürsZBl. **2** 61. Der Gemeindewaisenrat steht innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit dem Vormundschaftsgericht als selbständiges obervormundschaftliches Organ gegenüber; deshalb steht ihm auch in Angelegenheiten, die die Sorge für die Person des Kindes oder Mündels betreffen, gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts die Beschwerde nach § 57 Ziff. 9 FGG. zu. Zu diesen Verfügungen gehören nicht solche allgemeinen Inhalts, wie die Auswahl und Entlassung des Vormundes, Abgabe und Aufhebung der Vormundschaft. Eine die Person betreffende Angelegenheit liegt vor, wenn das Ziel der Handlung die Förderung des persönlichen Wohles, das Vermögen dagegen nur Ausführungsmittel ist, dessen verfügbares Maß für die Art dieser Förderung (z. B. bei Bestimmung der Erziehungskosten) zu berücksichtigen ist. Ist dagegen nächstes Ziel der Angelegenheit die Erhaltung und Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse und diese Erhaltung erst das Mittel zur Hebung des persönlichen Wohles (z. B. bei Verfolgung des Anspruchs auf Unterhaltsgelder), so liegt lediglich eine das Vermögen betreffende Angelegenheit vor. Sind endlich Förderung des persönlichen Wohles und der wirtschaftlichen Umstände in gleichem Grade unmittelbare Ziele (so bei Abschluß von Lehrverträgen), so ist die Anwendung des § 57 Ziff. 9 FGG. nicht ausgeschlossen.

2. Sommer, FürsZBl. 2 205. Der Gemeindewaisenrat ist als solcher nicht haftpflichtig, vielmehr entscheiden über seine Haftpflicht lediglich die allgemeinen Bestimmungen des BGB. AM. Staudinger Note 4 zu § 1849, wonach der Waisenrat als Beamter landesgesetzlich nach § 839 BGB. haftbar sein könne.

VI. Familienrat.

§§ 1858 ff. Gimmerthal. Der Familienrat. AZivPr. **106** 269 ff. Nach dem BGB. ist der Vormundschaftsrichter ausschließlich Vorsitzender des Familienrats und als solcher nicht befugt, Beschlüsse des Familienrats anzufechten, zugleich ist er aber auch als Vorgesetzter der Familienratsmitglieder anzusehen. Um dem Verdacht vorzubeugen, daß egoistische Motive die Familie oder den Vormundschaftsrichter zur Bildung des Familienrats veranlaßten, wird (280) empfohlen, die Entscheidung darüber, ob ein Familienrat zu bilden sei, der dem Vormundschaftsrichter vorgeordneten Instanz zu übertragen. Im einzelnen werden sodann die Rechte und Pflichten des Familienrats in Beziehung auf eine bestimmte Vormundschaft erörtert. Zur Mitwirkung bei der Volljährigkeitserklärung des Mündels fehlt dem FamRat die Zuständigkeit, da es sich um einen Akt der Fürsorge für den Staatsbürger handelt. Eine unterstützende Mitwirkung des Gemeindewaisenrats findet nicht statt, desgleichen ist ein Beschwerderecht der Familienangehörigen aus § 57 Ziff. 9 FGG. nicht gegeben. Die Bestellung des Vormundes bleibt dem Vormundschaftsrichter vorbehalten. Für eine etwa erforderlich werdende Pflegschaft kommt in der Regel der Familienrat nicht in Betracht. Die Entscheidungen, die der Vormundschaftsrichter gemäß §§ 1846, 1876 BGB. getroffen hat, muß der Familienrat gegen sich gelten lassen, ohne daß den Familienangehörigen ein Beschwerderecht zusteht. Hat der Vater weniger als sechs Mitglieder berufen, so kann die Mutter die fehlende Zahl nur ergänzen, wenn aus dem väterlichen letzten Willen nicht erhellt, daß er die Verhältnisse des Familienrats abschließend geregelt haben wollte. Hat der Familienrat selbst weitere Mitglieder ausgewählt, so kann sich der Vormund oder sonst eine an der Sache interessierte Person über die Auswahl nicht beschweren, da nur die im § 60 Ziff. 1 FGG. genannten Personen, wenn sie übergangen sind, ein Beschwerderecht haben. Über die Verhängung von Ordnungsstrafen können sich die Familienratsmitglieder nicht beschweren, da das Landgericht wohl dem Familienrat, aber nicht dessen Vorsitzenden vorgeordnet ist. Die Ordnungsstrafe selbst ist als eine Sondergebühr zu behandeln, die in der fraglichen Vormundschaft erhoben wird.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1886. 1. Die Entsch. des KG., SeuffA. **64** 460 — JDR. **8** Ziff. 4 zu § 1886 (keine Interessengefährdung des Mündels bei vorzugsweiser Berücksichtigung seines religiösen [und nicht seines leiblichen] Interesses) — auch KGJ. **38** A 91, RheinARV. **28** 57.

2. OLG. **21** 293 (KG.). Die durch die unrichtige Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses begründete Gefahr der Beschädigung des Mündelvermögens kann durch das Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts und durch Anordnungen aus §§ 1818, 1844 BGB. beseitigt werden, ohne daß es zum Schutze des Mündels der äußersten Maßregel der Entlassung des Vormundes bedarf.

§ 1890. *Rohde, ZBlFG. **11** 153. Verheiratet sich die Minderjährige und geht nun ihr Vermögen als eingebrachtes Gut in die Verwaltung ihres Mannes über, so hat der Vormund dem Manne das Vermögen herauszugeben und ihm und einem Pfleger des Mündels Schlußrechnung zu legen.

§ 1892. 1. OLG. **21** 295 (Naumburg). Das BGB. läßt eine Klage des Vormundes (Pflegers) gegen den Mündel auf Quittung und Erteilung der Entlastung nicht zu.

2. **RG.** WarnE. **3** 301. Die Erledigung der aus der Verwaltung des Vormundes, sei es zutreffend, sei es grundlos, gefolgerten Schadensersatzansprüche ist nicht mehr Teil der Schlußrechnung.

3. Vgl. auch o. Ziff. 1 **a—d** zu §§ 1837 ff. (Rechtshilfe).

§ 1900. 1. Fuchs, SeuffBl. **10** 333 (die rechtliche Stellung eines Ehegatten als Vormund des anderen) behandelt im § 2 (344) die Rechtsstellung des Ehemanns als Vormundes seiner volljährigen Frau und im § 3 (372) die der Ehefrau als Vormundes ihres volljährigen Mannes auf dem Gebiete der Sorge für ihre Person und ihr Vermögen.

2. Über die Gründe, die gegen die Bestellung des Ehemanns zum Vormunde seiner Frau sprechen, siehe *Rohde, ZBlFG. **11** 154 oben Nr. 2 bei § 1778.

§ 1901. 1. *Rohde, Vormundschaft über Ehefrauen, ZBlFG. **11** 54: a) Durch die im Verhältnisse zu § 1633 erweiterte Fürsorge des Vormundes der volljährigen Frau werden die ehelichen Rechte des Mannes insofern berührt, als der Vormund ihn zur Erfüllung seiner ehelichen Fürsorgepflicht anzuhalten hat und nötigenfalls, mittels Klage, die Herausgabe seiner Schutzbefohlenen (§ 1632) zum Zwecke anderweitiger Unterbringung verlangen kann, wenn die Entfernung aus dem ehelichen Haushalte zur Erreichung des Zweckes der Vormundschaft notwendig ist, der Widerstand des Mannes aber sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Befindet sich die Frau außerhalb des ehelichen Haushalts, so kann der Mann die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gegen den Willen seiner entmündigten Frau überhaupt nicht, gegen den Willen des Vormundes nur mit Hilfe des Vormundschaftsgerichts (§§ 1837, 1886) erreichen. b) Unter sinngemäßer Anwendung des § 1901 erweitert sich durch Entmündigung einer minderjährigen Frau die Fürsorge ihres Vormundes gemäß dem Zwecke der Vormundschaft über eine entmündigte Volljährige.

2. Fuchs, SeuffBl. **10** 340, hält seine Ansicht (Anm. 4b zu § 1901 seines Kommentars), daß der Ehemann als Vormund seiner Frau diese bei Ausübung ihres Zustimmungs- und Einwilligungsrechts (BGB. §§ 1375, 1444—1446, 1519 Abs. 2, 1549, 1550, 1439 in Verbindung mit §§ 1525 Abs. 2, 1375) nicht vertreten könne, nicht aufrecht. Den aus § 1409 per arg. e contr. gezogenen Schluß hält er für unzutreffend, da durch dessen Satz 2 die Vertretung der Frau durch ihren Mann als Vormund in Fällen, auf die § 181 BGB. nicht zutreffe, nicht ausgeschlossen werde, der Ehemann aber in den vorausgesetzten Fällen seine Zustimmung dem anderen Teile gegenüber erklären könne (§ 182 Abs. 1 BGB.).

3. *v. Boxberger, ZBlFG. **11** 396 ff. Ohne die Genehmigung eines Vormundes ist wie keine sonstige Behörde, so auch nicht die Ortspolizeibehörde zur Festhaltung eines Geisteskranken oder eines Geistesschwachen in einer Irren- oder sonstigen Anstalt gegen dessen Willen befugt, und zwar auch nicht auf Grund des Gesetzes vom 11. Juli 1891 (GS. 300). Aus § 10 Tit. 17 Teil II des ALR. kann eine solche Befugnis nicht mit dem PrOVG. (Entsch. **51** 223) hergeleitet werden. Die Festhaltung stellt sich auch in diesen Fällen objektiv als eine nach § 239 StrGB. strafbare widerrechtliche Freiheitsberaubung dar.

4. KGJ. **39** A 8 (KG.). Den bei Minderjährigen notwendigen erzieherischen Maßnahmen entsprechen bei volljährigen Mündeln diejenigen Maßnahmen, welche zur Sicherung, Pflege und Heilung des Mündels erforderlich werden, und zu diesem Zwecke sind auch, soweit erforderlich, Zwangsmaßregeln gegen den Mündel anzuwenden. Deshalb ist der Vormund eines wegen Trunksucht entmündigten Volljährigen berechtigt, den Mündel auch gegen dessen Willen in einer Trinkerheilanstalt unterzubringen. Einer besonderen gerichtlichen Ermächtigung bedarf es dazu nicht. Das Gericht ist auf Antrag des Vor-

mundes verpflichtet, diesen bei Durchführung der Anordnung nötigenfalls durch Zwangsmaßregeln zu unterstützen (§§ 1631 Abs. 2 Satz 2, 1800, 1897 BGB.).

§ 1906. BayObLG. **11** 248, R. **10** Nr. 1758 (BayObLG.). Die Zulässigkeit der vorläufigen Vormundschaft ist weder durch den Nachweis eines Entmündigungsgrundes bedingt, noch dadurch ausgeschlossen, daß die Voraussetzungen der Entmündigung noch nicht zweifellos feststehen. Persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden ist nicht erforderlich, wenn schriftliche Erklärungen vorliegen.

§ 1907. BayObLG. **11** 359, R. **10** Nr. 2277, BayRpflZ. **10** 316, SeuffA. **66** 110, SeuffBl. **10** 611, ZBlFG. **11** 162 (BayObLG.). Für die vorläufige Vormundschaft gelten die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft nicht. Deshalb steht gegen die Auswahl des Vormundes den übergangenen nächsten Verwandten ein Beschwerderecht nicht zu.

§ 1910. *Rohde. Vormundschaft über Ehefrauen, ZBlFG. **11** 57. Der erweiterten Geschäftsfähigkeit (siehe o. Ziff. 1 zu § 106) einer minderjährigen oder entmündigten Ehefrau entspricht es, daß sie einer nicht unter Vormundschaft stehenden Volljährigen gleichsteht, soweit die Erweiterung der Geschäftsfähigkeit reicht. Daher keine Pflegschaft nach § 1909, sondern nach § 1910, wenn z. B. die geschäftsbeschränkte Frau eines Pflegers für einen Scheidungsprozeß bedarf, den sie an sich nach § 612 ZPO. selbständig führen könnte.

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Mit der Abwesenheitspflegschaft und im Zusammenhange damit der sog. Beschlagnahmepflegschaft beschäftigt sich diesmal (zu § 1911) eine größere Zahl von Abhandlungen und Gerichtsentscheidungen. — Die dem 30. Deutschen Juristentage vorgelegte Frage der gesetzlichen Regelung des sog. Sammelvermögens hat (zu § 1914) Veranlassung zu eingehenden Erörterungen über die rechtliche Natur des Sammelvermögens gegeben, ohne daß bisher über die grundsätzlichen Fragen eine Einigung erzielt worden wäre.

§ 1909. 1. Die Entsch. des KG., RJA. **10** 102 — JDR. **8** Ziff. IV zu § 1909 (Bestellung eines Pflegers neben einem Testamentsvollstrecker) — auch KGJ. **38** A 69, OLG. **21** 295 Anm. 1.

2. KGBl. **10** 39, BreslauAK. **10** 32 (KG.). Die Einleitung einer Pflegschaft zur Prüfung und Äußerung, ob die Geltendmachung des Pflichtteils der Kinder gegenüber einem sog. Berliner Testament geboten sei, ist unzulässig, vielmehr hat das VormGericht die Frage, ob es einer vorbereitenden Pflegschaft bedürfe, selbst und allein und unter Beachtung des § 1673 BGB. zu prüfen und zu entscheiden (§ 12 FGG.). Schon mit der Ladung (nicht erst mit der Bestellung) des Pflegers hat das Vormundschaftsgericht eine die Rechte des beteiligten Elternteils beeinträchtigende Amtshandlung begonnen, denn abgesehen von anderen Nachteilen, z. B. dem Eindringen des Pflegers in Familienfragen, würde der Gewalthaber auch mit den Kosten belastet, welche durch Einleitung der Pflegschaft entstehen, ihm als Gewalthaber und Nutznießer am Kindesgut zur Last fallen und auch bestehen blieben, wenn die Pflegschaft auf Beschwerde wieder aufgehoben würde.

3. OLG. **21** 295 (KG.). Verweigert der Vormund dem Mündel die zu seinem Unterhalt erforderlichen Mittel, so bietet das Gesetz dem Mündel das Mittel, sich über die Tätigkeit des Vormundes bei dem Vormundschaftsgerichte zu beschweren, dagegen ist es unzulässig, dem Mündel einen Pfleger zu bestellen, damit dieser dessen Unterhaltsansprüche gegen den Vormund wahrnehme. Denn es handelt sich nicht um einen materiellen Anspruch des Mündels gegen den Vormund, welcher eine Leistung aus dessen Vermögen zum Gegenstande hätte, vielmehr stellt der Mündel lediglich das Verlangen, daß der Vormund als solcher

kraft seiner Amtspflicht eine bestimmte Verwaltungshandlung vornehme. Eine dahingehende Klage wäre wegen Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs abzuweisen.

4. KGJ. **38** A 11 (KG.). Hat das Beschwerdegericht auf Beschwerde des Gewalthabers die durch das Vormundschaftsgericht angeordnete Sperrung des Kindesvermögens (BGB. § 1814) aufgehoben, so liegt zur Bestellung eines Pflegers, damit er gegen die Beschwerdeentscheidung weitere Beschwerde einlege, kein Grund vor, wenn ein Gegensatz zwischen den Interessen des Gewalthabers und der Kinder nicht erkennbar ist. Ist jedoch die Pflegerbestellung nach § 16 FGG. durch Mitteilung an den Gewalthaber wirksam geworden, so kann ihre Rechtsbeständigkeit nach außen hin nicht bezweifelt werden.

5. * Rohde, ZBlFG. **10** 743. Das Gesetz bringt unzweideutig zum Ausdrucke, daß der letztwillig von der Verwaltung des seinem Mündel zugefallenen Vermögens ausgeschlossene Vormund an der Besorgung dieser Angelegenheit rechtlich verhindert ist. Seine Verwaltung ist nur noch vorläufige Fürsorge für das zugefallene Vermögen, wie nach Beendigung seines Amtes (§§ 1682, 1893 BGB.). Annahme oder Ausschlagung der so dem Mündel anfallenden Erbschaft ist Sache des zu bestellenden Pflegers. Vgl. bei § 1638 Abs. 1.

§ 1910. RheinA. **107** 267 (Düsseldorf). Die Legitimation des für einen Gebrechlichen bestellten Pflegers kann im Prozesse nicht deshalb bemängelt werden, weil der Gebrechliche in die Pflegschaft nicht eingewilligt habe.

§ 1911. I. Voraussetzung der Abwesenheitspflegschaft. 1. **a**) Haberstumpf, BayNotZ. **10** 373 f. Für den Fall, daß eine nachrichtenlose Abwesenheit bereits so lange gedauert hat, daß keine Vermutung für das Leben des Abwesenden mehr streitet, andererseits aber mangels einer Todeserklärung die Todesvermutung nicht begonnen hat, ist eine Abwesenheitspflegschaft zulässig (AM. BayObLG. **4** 84; **5** 678). Dagegen **b**) Josef, BayNotZ. **11** 17: Die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft kann nur erfolgen, wenn klarliegt, daß zur Zeit der Anordnung der Pflegschaft jemand unbekannt abwesend ist. Ersieht nun das um die Anordnung angegangene Gericht, daß die Voraussetzungen der Todeserklärung vorliegen, daß also der gesetzlich bestimmte nachrichtenlose Zeitraum verflossen ist, so ist nach § 19 BGB. die Vermutung für das Fortleben des Abwesenden nur bis zum Ablaufe dieses Zeitraums gegeben; es fehlt also an jedem Anhalte dafür, daß der Abwesende noch jetzt am Leben ist, also auch dafür, daß er noch jetzt unbekannt abwesend ist. **c**) Demgegenüber bleibt Haberstumpf, BayNotZ. **11** 21 bei seiner Ansicht.

2. OLG. **21** 297 (KG.). Mit der Bestimmung des § 1911 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 88 FGG. soll gerade der Fall getroffen werden, in dem sich jemand in fremden Weltteilen aufhält, während ihm im Inlande Vermögen zufällt.

II. Legitimation des Abwesenheitspflegers. 1. HessRspr. **10** 148 (LG. Darmstadt). Abgesehen von rein persönlichen Angelegenheiten repräsentiert der Abwesenheitspfleger in jeder Beziehung den Pflegebefohlenen und hat daher die Stellung eines gesetzlichen Vertreters nach § 171 ZPO.

2. **RG. 74** 327, JW. **11** 104. Ist mit dem Erlasse des die Todeserklärung eines Verschollenen aussprechenden Urteils (ZPO. § 970) das Amt des Abwesenheitspflegers nach § 1921 Abs. 3 BGB. erloschen, so kann die Anfechtungsklage (ZPO. § 974) nicht gegen den früheren Pfleger, sondern nur gegen den Staatsanwalt gerichtet werden.

III. Wirksamkeit seiner Rechtshandlungen. **RG.** JW. **11** 99. Die Rechtswirksamkeit der von einem Abwesenheitspfleger oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß sich hinterher

herausstellt, daß der Abwesende schon zur Zeit der Einleitung der Pflegschaft nicht mehr am Leben war.

IV. Beschlagnahmepflegschaft. 1. Grützmacher, DJZ. **10** 696. Die Beschlagnahmepflegschaft nach § 334 Abs. 2 StrPrO. wird nach Wesen und Voraussetzung in erster Linie durch Sinn und Zweck der Strafprozeßgesetze und erst in zweiter Linie durch das BGB. bestimmt.

2. BayObLG. **10** 559, SeuffBl. **10** 252, R. **10** Nr. 1109, 1110, 1143, Bay. RpflZ. **10** 120, DJZ. **10** 1471 (BayObLG.). Die Bestimmungen des § 334 StrPrO. und § 361 MStGO. gelten neben dem BGB. und auf die hiernach eingeleiteten Pflegschaften finden die §§ 1909 bis 1921 nur insoweit Anwendung, als es dem Sinne und Zwecke der Strafprozeßgesetze entspricht. Das Bedürfnis der Fürsorge für das Vermögen des von der Beschlagnahme betroffenen Angeschuldigten hängt mit der in jedem Falle von Rechts wegen eintretenden Beschränkung seines Verfügungsrechts zusammen. Da dieser rechtliche Nachteil gerade zu dem Zwecke gegen ihn verhängt wird, um im öffentlichen Interesse zu verhindern, daß über sein Vermögen ausschließlich in seinem Interesse verfügt wird, kann die Einleitung der Pflegschaft nicht deshalb unzulässig sein, weil sie nicht im ausschließlichen Interesse des Angeschuldigten liege. Die Vorschrift des § 1911 BGB., nach der der Abwesende einen Pfleger für seine Vermögensangelegenheiten nur insoweit erhält, als sie der Fürsorge bedürfen, kann auf die zur Ausführung der Beschlagnahme einzuleitenden Pflegschaften keine Anwendung finden. Wird die Einleitung der Pflegschaft abgelehnt, so ist der Gerichtsherr zur Wahrung des Interesses der Militärgerichtsbehörde im Hinblick auf § 12 MStGO. und § 57 Abs. 1 Nr. 3 FGG. für beschwerdeberechtigt zu erachten. Die Entsch. RJA. **6** 255, OLG. **12** 203 (KG.) betrifft eine andere Angelegenheit, nämlich eine von dem Gerichtsherrn gegen die Auswahl des Pflegers erhobene Beschwerde. Daher ist von einer Vorlegung an das RG. (§ 28 Abs. 2 FGG.) abgesehen worden.

§ 1912. KGJ. **38** A 103, OLG. **21** 295, FrankfRundsch. **44** 126 (KG.). Eine Pflegschaft für eine Leibesfrucht, damit der Pfleger einem Familienschlusse zustimme, darf nicht eingeleitet werden; die nachgeborenen Anwärter erhalten vielmehr erst mit ihrer Geburt einen Vormund. (§§ 46, 44, 42 II 4 ALR., § 14 PrG. v. 15. Februar 1840.)

§ 1913. Literatur: Drescher, WürttZ. **10** 33. Ein Fall der Pflegerbestellung nach § 1913 BGB.

1. **RG.** R. **10** Nr. 3015. Ist für einen noch nicht erzeugten Nacherben ein Pfleger bestellt, so ist dieser auch zur Prozeßführung legitimiert.

2. Vgl. auch unten Ziff. 1b zu § 1960 BGB.

§ 1914. 1. Dem 30. Deutschen Juristentage ist die Frage vorgelegt worden: „Empfehlen sich gesetzliche Vorschriften über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens?" a) Seckel, Gutachten 564 f. versteht unter Sammelvermögen ein durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden, dem Sammler fremden Zwecke zusammengebrachtes Vermögen und sieht (§ 9) in diesem Sammelvermögen eine juristische Person des Privatrechts, wobei etwaige Lücken der Konstruktion durch die Analogie der für Stiftungen gegebenen Vorschriften, insbes. hinsichtlich der staatlichen (oder kirchlichen) Kontrolle der Pflichterfüllung auszufüllen seien. Indem er hiernach den Rechtszustand als einen befriedigenden bezeichnet, dessen Anwendung auch in Theorie und Praxis keine unüberwindbaren Schwierigkeiten entgegenstünden, beantwortet er die Frage mit einem „glatten" Nein. **b)** Bartsch, Gutachten 154 ff., hält die bisherigen Konstruktionsversuche für unbefriedigend, andererseits aber besondere Vorschriften für das Sammelvermögen weder für nötig noch für empfehlenswert, weil das Sammelvermögen in seinem Wesen sich nicht unterscheide von Vermögen, welches durch die Tätigkeit

einer Unternehmung zu uneigennützigen Zwecken erworben worden sei. Dagegen empfiehlt er die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse eines (auf welche Weise immer) zur Erreichung uneigennütziger Zwecke entstandenen Vermögens, insbes. hinsichtlich der Partei- und Prozeßfähigkeit des Unternehmens, der Selbständigkeit des Vermögens gegenüber dem Unternehmer und Spender und des Eingriffs der staatlichen Verwaltung zur Erreichung wahrheitsgetreuer öffentlicher Berichte über die Geschäftsführung und zur Übernahme der Verwaltung, wenn die ursprünglichen Unternehmer wegfallen oder sich als vertrauensunwürdig erweisen. — **c**) Die Abteilung 1 des DJT. (Verhandlungen 89) hat nach den Referaten von Knoke, Coumont und Bartsch für das Deutsche Reich die Schaffung gesetzlicher Vorschriften über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens nicht empfohlen, dagegen im Hinblick auf die in Österreich im Zuge befindlichen Gesetzesreformen für Österreich eine Reihe von Leitsätzen vorgeschlagen, welche die abgesonderte Verwaltung des Sammelvermögens, die Bestellung eines Pflegers bei Wegfall des Sammlers oder bei vorkommenden Mißbräuchen und die Partei- und Prozeßfähigkeit des Unternehmens, die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Vereinigung und die Schadenshaftung der Geschäftsführer zum Gegenstande haben. **d**) Das Plenum des DJT. (Verhandlungen 553) hat von dem Berichte des Berichterstatters Knoke Kenntnis genommen.

2. **a**) Hölder, DJZ. **10** 925, hält besondere gesetzliche Bestimmungen über das Sammelvermögen für entbehrlich, da § 1914, richtig verstanden, schon zur Genüge auf seine Eigenschaft als eines einem bestimmten Zwecke gewidmeten Vermögens hinweise, das für jedermann fremdes Vermögen und ein Gegenstand nicht privaten Rechtes, sondern amtlicher Zuständigkeit und Obliegenheit sei. **b**) Derselbe, DJZ. **10** 1263, stimmt Seckel 30. DJT. I 564 dahin bei, daß das Sammelvermögen ein eigenes, von jedem anderen getrenntes Vermögen sei, verneint aber dessen Annahme, daß für das Sammelvermögen Schulden, für die niemand persönlich hafte, existieren könnten, es sei denn, daß ein Pfleger gemäß § 1914 bestellt ist.

3. Reidnitz, DRechtsanwZ. **7** 111 führt ein Beispiel dafür an, daß schon vor dem Inkrafttreten des BGB. die Rechtsnatur des Sammelvermögens erörtert worden ist.

4. *Jörges, Spendungsgeschäft und Sammelvermögen. (20.) Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck ist ein Inbegriff von Rechtsgeschäften, die von einem Rechtssubjekt oder einer zur Einheit zusammengeschlossenen Gruppe (Sammler, Komitee, Ausschuß) vorgenommen werden, um aus freiwilligen und unentgeltlichen Beiträgen (Spenden) einer anderen Gruppe von Rechtssubjekten (Spender) ein Vermögen (Sammelvermögen) zusammenzubringen. Die Verwaltung und die Verfügung darüber wird durch das zugrundeliegende, zwischen dem Sammler und Spender abgeschlossene Rechtsgeschäft (Spendungsgeschäft) fest umgrenzt und mit der Bestimmung in die Hände der Sammler gelegt, daß sie es zugunsten eines dritten Rechtssubjekts oder einer dritten Gruppe von Rechtssubjekten (Bedachten) zu dem bestimmten Zwecke (Sammelzwecke) verwenden.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Lehrbücher: Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1910. — Schäffer, Grundriß des BGB. Bd. 5: Erbrecht (2—4). Berlin 1910. — Kommentar: Das BGB., mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Kommentar von Reichsgerichtsräten. Nürnberg u. Leipzig 1910 (Das Erbrecht, bearbeitet von Georg Hoffmann). — Ausländisches Recht: Gebhard, Russisches Familien- und Erbrecht. Berlin 1910.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1922. 1. HessRspr. **10** 179 (Darmstadt). Das Recht, den Mangel eines formlosen Schenkungsvertrags durch Bewirkung der ver-

sprochenen Leistung zu heilen (BGB. § 518 Abs. 2), ist lediglich der Ausfluß einer objektiven Rechtsnorm, nicht aber ein Privatrecht des Schenkungsversprechers, das zu seinem Vermögen gehörte und darum nach § 1922 vererbt werden könnte. Der Verstorbene kann nicht mehr handeln und die Erben können ihn hierin nicht vertreten, denn weder eine Verpflichtung noch ein Recht ist auf sie übergegangen. Wenn daher die Erben eine unentgeltliche gleichstellungsfreie Zuwendung einem ihrer Geschwister machen, so handelt es sich um eine (der Stempelsteuer unterliegende) Schenkung.

2. *Schwarz, ABürgR. 35 68 ff., verteidigt die Ansicht, daß es auch nach dem BGB. ein transitorisches Zweckvermögen der „ruhenden Erbschaft“ gebe: Das Erbschaftsvermögen gehört auch nach dem BGB. vor der Annahme weder dem Interimserben (nämlich demjenigen, dem es vorbehaltlich des Ausschlagungsrechts angefallen ist) noch dem Definitiverben, es ist vielmehr, ebenso wie die römische hereditas jacens, während der Schwebezeit ein „herrenloses“ Zweckvermögen, dessen Zweck nicht ist, für die Interessen irgend jemandes verwendet, sondern für die Zwecke des künftigen Erben erhalten zu werden. Der Unterschied zwischen dem römischen Aditionalsystem und dem ipso jure-Erwerb des BGB. besteht nicht in einer verschiedenen Wirkung der Berufung (nämlich, daß nach dem ersten Systeme der Berufene nur ein Erwerbsrecht auf die Erbschaft, nach dem zweiten hingegen diese selbst bereits erworben hätte), sondern in der Verschiedenheit des Erwerbsaktes: dort ist ein „velle“ des Berufenen nötig, hier genügt ein „non nolle“. Bevor aber der Erwerb erfolgt ist, ist die Erbschaft nach beiden Systemen ein „subjektloses“ Zweckvermögen.

§ 1923. a) Groß, WürttZ. **11** 1, hält in Nachlaßsachen das Aufgebot verschollener Erben für entbehrlich, wenn das Nachlaßgericht nach gewissenhafter Ermittelung und Prüfung der Sachlage die Überzeugung gewinne, daß eine Lebensvermutung für den Verstorbenen nicht mehr bestehe. **b)** Dagegen Mayer aaO. 4.

§ 1925. KGJ. **39** A 52, OLG. **20** 425 (KG.). Halbbürtige Geschwister des Erblassers schließen, wenn andere Erben der zweiten Ordnung nicht vorhanden sind, nach dem im § 1930 BGB. ausgesprochenen Grundsatze die Erben der dritten Ordnung, mithin die Eltern des mit ihnen nicht verwandten Elternteils des Erblassers aus und erhalten in diesem Falle die ganze Erbschaft (Planck Anm. 2 zu § 1925, Eck, Vorträge III 13).

§ 1930. Über das Erbrecht der nach Bamberger Landrecht vereinkindschafteten, im Einkindschaftsvertrage von der Stiefmutter in erbrechtlicher Beziehung den leiblichen Kindern gleichgestellten und bereits abgeteilten Kinder im Verhältnisse zu den Seitenverwandten der Stiefmutter, wenn diese ohne leibliche Kinder und ohne Testament verstorben ist, s. BayObLG. **10** 499, SeuffBl. **10** 178 (BayObLG.).

§ 1931. Literatur: Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten in den Entwürfen einer Novelle zum allgemeinen österr. Bürgerlichen Gesetzbuche. Wien 1910.

1. Märkisches Recht. KGBl. **10** 39 (KG. III ZS.). Hat ein märkischer Ehegatte ein Testament hinterlassen, so kann der überlebende Teil das statutarische Erbrecht nur beanspruchen, wenn er die Erbschaft aus dem Testamente gemäß den §§ 1942 ff. BGB. ausgeschlagen hat. Der zweite Ehegatte des Überlebenden kann das Testament aus § 2079 BGB. nicht anfechten, insoweit es nach dem zur Zeit der Errichtung geltenden Rechte für den Erblasser bindend geworden war.

2. Holsteinisches Recht. BayObLG. **10** 480 (BayObLG.). Der Ehemann kann seiner mit ihm im Güterrechte der vormals Schauenburgischen Anteile Holsteins (§ 4 der für die Stadt Altona erlassenen Konstitution v. 14. Mai 1691) lebenden Ehefrau das Recht auf die Hälfte des gesamten beiderseitigen Vermögens nur nach Maßgabe des § 2335 BGB. (Art. 59 § 7 PrAGBGB.) entziehen. Zur Ausschließung des Erbrechts der Frau genügt es nicht, daß der Mann die Enterbung verfügt und den Enterbungsgrund im Testament angegeben hat, sondern der angegebene Grund muß auch wirklich bestehen. Hat die Frau die Wahl zwischen der Rücknahme des eingebrachten Gutes und der Teilung des gesamten beiderseitigen Vermögens, die ihr nach dem Güterrechte zustand, das für ihre Ehe maßgebend war, einmal im ersteren Sinne in der gesetzlichen Form getroffen, so kann sie nicht nachträglich die Teilung des gesamten beiderseitigen Vermögens verlangen.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

*duChesne, PosMSchr. **10** 125 ff. Der Erbe kann seine Erbenstellung, da diese zugleich der Befriedigung eines ethischen Interesses des Erblassers dient, nicht weiterschieben, wie ein bloßes Vermögensrecht; was er weiterschiebt, ist nicht das, was er erhalten hat, sondern nur ein freigewordener Bestandteil davon, der vermögensrechtliche.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Die im letzten Berichtsjahre (zu § 1945) mitgeteilte Entscheidung des Reichsgerichts, die die gegenüber einem unzuständigen Gericht abgegebene Ausschlagungserklärung als wirksam erachtet hat, wie zu erwarten, weiteren Widerspruch sowohl in der Rechtslehre (vgl. Josef Ziff. 1a zu § 1945), als auch in der Rechtsprechung (des KG., vgl. Ziff. 1 b zu § 1945) gefunden und das KG. hat nur deshalb den ihm unterbreiteten Fall dem RG. nicht vorgelegt, weil es der eingangs erwähnten Entscheidung des RG. keine grundsätzliche Bedeutung beimißt. — Die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums hat (bei § 1956) neuerdings verschiedentliche wissenschaftliche Erörterung gefunden. — Eine größere Zahl von Entscheidungen beschäftigt sich mit der Legitimation und den Befugnissen des Nachlaßpflegers und dem Verhältnisse der Nachlaßpflegschaft zum Nachlaßkonkurse (vgl. bei § 1960). — Hervorzuheben ist ferner die Entscheidung des KG. über die Mittel, die dem wahren Erben zu Gebote stehen, um seine Erbansprüche gegenüber der Feststellung des fiskalischen Erbrechts geltend zu machen (Ziff. 1 zu §§ 1964, 1965).

Literatur: Heeger, Die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums nach §§ 1956, 119 BGB. Leipzig 1910. — Jacobsohn, JheringsJ. **56** 377, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. — Rohde, ZBlFG. **10** 741, 783, Erbschaftsausschlagung durch geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen.

§ 1942. 1. **RG. 74** 375, JW. **11** 48. Nach § 1942 BGB. findet eine Antretung der Erbschaft, wie nach gemeinem Rechte, nicht mehr statt. Der berufene Erbe hat nur das Recht, die Erbschaft auszuschlagen. Vgl. ferner zu § 1975 unten S. 485.

2. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2357 BGB.

§ 1943. 1. *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 377. Maßgebend ist lediglich der Fristablauf als solcher. Auf Begleitumstände kommt nichts an, auch wenn sie ergeben, daß der Erbe die Erbschaft nicht annehmen wollte. Nur formgerechte Ausschlagung schließt die Wirkung des Fristablaufs aus.

2. *Titze, Lehre vom Mißverständnis 33 Anm. 13 u. 14. Die Erbschaftsannahme kann auch (aM. Binder, Rechtsstellung des Erben I 102 ff.) dem

Nachlaßgerichte gegenüber erklärt werden. Geschieht das, so ist die Erklärung, weil nicht empfangsbedürftig, schon mit ihrer Absendung, nicht erst mit ihrem Zugange wirksam. Wird die Erbschaftsannahme einem „Nachlaßgläubiger" gegenüber erklärt, so ist es für die Wirksamkeit der Annahmeerklärung gleichgültig, ob dessen Forderung zu Recht besteht oder nicht. Es genügt, daß der „Gläubiger" die „Forderung" gegen den Erben geltend gemacht hat, und daß letzterer, als er ihm gegenüber die Annahme der Erbschaft erklärte, von seiner Gläubigereigenschaft überzeugt war.

§ 1944. 1. *Rohde, ZBlFG. **10** 786. Änderungen in der Geschäftsfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung des Erben haben keinen Einfluß auf den Lauf der Ausschlagungsfrist, es sei denn, daß dadurch eine nicht voll geschäftsfähige Person „ohne gesetzlichen Vertreter" ist. Dieser Ausnahmefall ist auch dann gegeben, wenn der Vertreter rechtlich oder tatsächlich verhindert ist, so daß es der Bestellung eines Pflegers nach § 1909 bedarf, z. B. bei dem Ausschlusse des Vertreters von der Verwaltung (§ 1909 Abs. 1 Satz 2). Man kann den Erben dagegen nicht als unvertreten ansehen, wenn der Vertreter nur durch nicht rechtzeitiges Eingehen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an der Ausschlagung verhindert wird (aM. Breit, ZBlFG. **4** 579). Einmal in Lauf gekommen läuft die Ausschlagungsfrist weiter, ohne Rücksicht darauf, ob ein neuer Vertreter oder der volljährig gewordene Erbe jemals von der angefallenen Erbschaft Kenntnis erlangt hat (aM. Staudinger bei § 1952). Es ist nur durch Anfechtung zu helfen (unten Ziff. 2 bei § 1956).

2. Abs. 2 Satz 3. *Rohde, ZBlFG. **10** 788. Dem Stillstande der Rechtspflege ist es gleichzuachten, wenn das Gericht nicht diejenige Entscheidung trifft, welche die Voraussetzung zur Vornahme einer Rechtshandlung bildet. Gelingt es dem gesetzlichen Vertreter des Erben nicht, die nachgesuchte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausschlagung rechtzeitig zu erhalten, so ist in die Ausschlagungsfrist die Zeit nicht einzurechnen, während welcher der Vertreter durch Nichterteilung der Genehmigung an der Ausschlagung verhindert war. Diese Ansicht wird bisher nur vereinzelt vertreten.

§§ 1944, 1953. RG. R. **10** Nr. 3956. Die Wirkung, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt, tritt nur ein, wenn fristgerecht eine klare und unzweideutige Ausschlagungserklärung abgegeben ist. Ist dies nicht der Fall und wird erst nachher die Ausschlagung ordnungsgemäß erklärt, so liegt darin eine Schenkung zugunsten des Miterben.

§ 1945. 1. Ausschlagungserklärung gegenüber einem unzuständigen Gericht. a) Josef, GruchotsBeitr. **54** 581, gegen **RG. 71** 380, JDR. **8** Ziff. 2a zu § 1945. Die Erbschaftsausschlagung als selbständige, materiell-rechtliche Erklärung bleibt, wenn gegenüber dem unzuständigen Gericht abgegeben, unwirksam; die entgegengesetzten Vorschriften des früheren preußischen Rechtes (§§ 392, 393 I. 9 ALR.) sind vom BGB. bewußt abgelehnt. Wohl aber ist eine demnächst von dem unzuständigen Gericht auf Grundlage der unwirksamen Parteierklärung erlassene Verfügung, z. B. die Erteilung des Erbscheins an den von der Ausschlagung benachrichtigten nächstberufenen Erben (§ 1953 Abs. 3), nach § 7 FGG. wirksam, der Erbschein genießt also den öffentlichen Glauben wie ein vom zuständigen Gericht erteilter. Die ihm anhaftende Unwirksamkeit der Ausschlagung hat aber die Unrichtigkeit des Erbscheins zur Folge, und diese kann durch Beschwerde gegen die Erteilung des Erbscheins sowie im Prozeßwege geltend gemacht werden. **b)** OLG. **21** 299, KGJ. **39** A 57, RJA. **10** 243 (KG.). Die Erbschaftsausschlagung ist keine gerichtliche Handlung, sondern eine dem Gerichte gegenüber abzugebende Erklärung. Wird sie einem unzuständigen Gerichte gegenüber erklärt, so ist ihre Wirksamkeit ebenso zu

verneinen, wie wenn eine empfangsbedürftige Erklärung gegenüber einer nicht zur Sache legitimierten Person abgegeben wird. Der Umstand, daß das Nachlaßgericht nach der Entgegennahme der Erklärung die im § 1953 Abs. 3 vorgesehenen Handlungen von geringerer Bedeutung vorzunehmen hat, ist nicht geeignet, der Entgegennahme selbst die Bedeutung einer gerichtlichen Handlung zu verschaffen. Der § 7 FGG. kommt daher seinem Inhalte nach nicht zur Anwendung, aber auch eine entsprechende Anwendbarkeit des § 7 ist durch Zweckmäßigkeitsgründe nicht geboten, vielmehr erscheint es erforderlich, daß alle für den Nachlaß wesentlichen Erklärungen an dasselbe Gericht als einheitliche Zentral- und Sammelstelle gerichtet werden. Vgl. Wolff, DJZ. **09** 1487. Die Entsch. **RG.** JW. **09** 508, JDR. **8** Ziff. 2a zu § 1945, beruht nur auf einer Würdigung der besonderen Lage des entschiedenen Falles, insbesondere der als Fehlgriff angesehenen Mitwirkung des Gerichts bei der Beurkundung der Erklärung und der Erteilung der Bescheinigung über die „erfolgte" Ausschlagung. Daher ist von § 28 Abs. 2 FGG. nicht Gebrauch gemacht worden.

2. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (08) 59. Nimmt der beurlaubte Nachlaßrichter eine Erbschaftsausschlagung entgegen, so ist sie gültig, andernfalls wirkungslos.

3. Vgl. auch o. Nr. 1 bis 4 zu § 1831 (vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Erbschaftsausschlagung).

§ 1948. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **8** Ziff. b zu § 1948 — auch KGJ. **38 A** 107, OLG. **21** 302.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1111. Wenn ein Testamentserbe, der zugleich gesetzlicher Erbe ist, die Erteilung eines Erbscheins nachsucht, so ist hierin noch nicht eine Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testament und eine Annahme der gesetzlichen Erbfolge zu erblicken.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3023, WarnE. **3** 303. Der allgemeine Grundsatz des § 1948 Abs. 1 muß auf das märkische Provinzialrecht auch insoweit Anwendung finden, als der märkische Ehegatte das mit der Wahl der statutarischen Portion verbundene Erbrecht nur in Anspruch nehmen kann, wenn er rechtzeitig die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen hat (KGJ. **34 A** 84).

§ 1953. Abs. 3. *Rohde, ZBlFG. **10** 784. Wenn durch Ausschlagung des Vaters die Erbschaft dem von ihm vertretenen minderjährigen Kinde anfällt, so ist ihm als gesetzlichem Vertreter der Eingang seiner Ausschlagungserklärung mitzuteilen, da erst dieser Eingang den Anfall der Erbschaft an das Kind bewirkt und deshalb der Mitteilung bedarf.

§ 1956. 1. *Jacobsohn, JheringsJ. **56** 377 f. Daß gegenüber dem Präjudiz des § 1943, das nichts mit einer Willenserklärung zu tun hat, die Anfechtung zugelassen ist, ist Ausnahmerscheinung. In Wahrheit liegt restitutio in integrum vor. Die Anfechtung ist zulässig nicht bloß wegen Täuschung und Drohung — so Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 259 ff. — und nicht bloß im Falle gewollter Unterlassung der Ausschlagung — so Wendt, ACivPr. **92** 234 ff. und **RG. 58** 81 ff. —, sondern in jedem Falle einer auf Irrtum oder auch nur Unkenntnis über die Wirkung des Fristablaufs beruhenden Unterlassung der Ausschlagung; so auch SeuffA. **57** Nr. 105 (Braunschweig).

2. Desgleichen will *Rohde, ZBlFG. **10** 789 ff., die Anfechtung zulassen, wenn der Anfechtende durch Unterlassen der Ausschlagung eine Erklärung, er wolle die Erbschaft annehmen, nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er eine solche Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte: Bei der gegnerischen Ansicht wird der Verlautbarungsirrtum nicht berücksichtigt, bei dem das Nichtwollen des Erklärten ohne Rücksicht auf das Motiv genügt. Der vom RG. betonten

Billigkeit widerspricht es, wenn der Vormund, der wegen Unkenntnis der seinem Mündel angefallenen Erbschaft die Frist versäumt, von der Anfechtung ausgeschlossen sein soll (vgl. bei § 1944 Abs. 2 Satz 3). Die ebenfalls hervorgehobene Sicherheit des Verkehrs ist bei der Regelung des Ausschlagungsrechts nicht besonders berücksichtigt, wird auch durch die Möglichkeit der Nachlaßpflegschaft gewahrt.

3. *Heeger, Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums nach §§ 1956, 119 BGB. Die Fassung des § 119, welcher auf die dem Irrtume bei Willenserklärungen eigene Divergenz zwischen wirklichem und innerem Willen abgestellt ist, ist bei Anwendung des § 119 auf die Versäumung der Ausschlagungsfrist, in deren Tatbestande keiner der beiden Willen möglich ist, dahin abzuändern: „Wegen eines ihm unbewußten Mangels der richtigen Vorstellung von dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist kann der Erbe die Versäumung der Ausschlagungsfrist anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Ausschlagungsfrist nicht versäumt haben würde. Als Mangel der richtigen Vorstellung von dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist gilt auch der Mangel der richtigen Vorstellung von solchen Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden."

§ 1960. 1. Legitimation des Nachlaßpflegers. a) OLG. **21** 306 (KG.). Dritten steht kein Recht der Beschwerde gegen die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft zu, es bleibt ihnen vielmehr überlassen, ihre Nachlaßansprüche im Prozeßwege gegenüber dem Pfleger durchzusetzen. b) RJA. **10** 277 (KG.). Soweit eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet ist, genügt in Ansehung aller beteiligten Miterben zur Verfügung über Nachlaßgegenstände auch dem Grundbuchamte gegenüber die Zustimmung des Nachlaßpflegers. Ein Erbschein kommt daneben nicht in Frage. Dagegen ist ein gemäß § 1913 den unbekannten Erben eines bestimmten Erbstranges bestellter Pfleger nicht Vertreter der Teilerben als solcher, sondern nur Vertreter bestimmter, bisher ihrer Person nach noch nicht feststehender Beteiligter. c) SchlHolstAnz. **10** 97 (Kiel). Die Legitimation des Nachlaßpflegers zur Geltendmachung der zum Nachlasse gehörigen Ansprüche ist nicht dadurch bedingt, daß objektiv die Voraussetzungen für die Einleitung oder den Fortbestand einer Nachlaßpflegschaft vorliegen.

2. Befugnisse des Nachlaßpflegers. a) OLG. **21** 305 (KG.). Der Nachlaßpfleger ist nicht berufen, Streitigkeiten über das Erbrecht auszufechten. b) HansGZ. **10** Beibl. 192 (Hamburg). Der Streit über die Erbteile und darüber, was sich die Erben auf die Erbschaft anrechnen lassen müssen, hat der Nachlaßpfleger den Erben zu überlassen. c) OLG. **21** 308, HansGZ. **10** Beibl. 185 (Hamburg). Zur Anfechtung eines Vermächtnisses ist der Nachlaßpfleger nicht berechtigt. d) **RG.** JW. **10** 846. Die Aufstellung eines Teilungsplans gehört nicht zu den dem Nachlaßpfleger obliegenden Verrichtungen. e) Vgl. auch zu § 2083 BGB.

3. Nachlaßpflegschaft und Nachlaßkonkurs. KGJ. **38** A 116, DJZ. **10** 373, R. **10** Nr. 1269 (KG.). Die Nachlaßpflegschaft endigt nicht, wie die Nachlaßverwaltung (§ 1988 Abs. 1) mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses, da sie nicht zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit, sondern zur Verwaltung des ganzen Nachlasses dient (§ 1918 Abs. 3). Sie ist vielmehr von dem Nachlaßgericht aufzuheben, wenn der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist (§§ 1919, 1962). Einen Aufhebungsgrund bildet die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht. Denn wenn auch durch die Eröffnung des Konkurses das Verwaltungs- und Verfügungsrecht auf

den Konkursverwalter übergeht (§ 6 Abs. 2 KO.), so hat doch der Gemeinschuldner (und an seiner Stelle der Nachlaßpfleger) auch weiterhin eine Reihe von Rechten und Pflichten (z. B. § 86 Abs. 3, §§ 100, 101, 109, 121 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, § 123 Abs. 1 Satz 4, §§ 125, 135 Abs. 1, § 141 Abs. 2, §§ 160, 173, 180, 182 Abs. 2, §§ 189, 202 KO.). Durch die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft wird das aus § 100 KO. sich ergebende Recht des Konkursverwalters beeinträchtigt, dieser ist infolgedessen nach § 20 Abs. 1 FGG. zur Einlegung der Beschwerde berechtigt.

§ 1961. 1. Übergangsrecht. KGJ. **38** A 110, OLG. **21** 304 (KG.). Bei Erbfällen alten Rechtes ist die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft auf Antrag eines Nachlaßgläubigers auch nach dem 1. 1. 00 noch zulässig, sofern das frühere Recht — wie dies z. B. im Gebiete des PrALR. der Fall war — einen entsprechenden Rechtssatz enthält.

2. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 2357 BGB.

§ 1964. 1. ElsLothNotZ. **10** 73 (OLGPräsident Colmar). Das Vorhandensein einer Nachlaßmasse, die zur Deckung der Kosten des Verfahrens ausreicht, ist keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 1964. Die Feststellung muß auch dann erfolgen, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Die gegenteilige Meinung von Planck (3) Anm. 2 zu § 1964 ist mit Zweck und Fassung des Gesetzes nicht vereinbar.

2. Kaufmann, DJZ. **09** 1325, wendet sich gegen die Auffassung von Romberg, DJZ. **09** 1143 (JDR. **8** zu § 1964), daß der Antrag auf Nachlaßverwaltung und dessen Ablehnung mangels Masse in der Wirkung der Ausschlagung der Erbschaft gleichwertig sei, indem er auf die Möglichkeit hinweist, daß nach der Ablehnung der Nachlaßverwaltung der Erbe die Klage auf Befriedigung aus dem Nachlasse, die Möglichkeit der Belastung mit Kosten, die Ladung zum Offenbarungseid und sonstige Schwierigkeiten zu gewärtigen habe.

§§ 1964, 1965. 1. KGJ. **39** A 88, KGBl. **10** 65 (KG.). Tritt nach Erlaß des Feststellungsbeschlusses ein angeblich Erbberechtigter hervor, so sind, abgesehen von der Möglichkeit einer gütlichen Einigung auf Grund außergerichtlichen Nachweises des Erbrechts, drei Wege denkbar, auf denen der Anwärter sein Recht gegenüber dem Fiskus zur Geltung bringt: der Klageweg, die Beschwerde gegen den Feststellungsbeschluß (§ 1964) und das Erbscheinserteilungsverfahren. Die Klage kann je nach Lage des Falles als Erbschaftsklage (§§ 2018 ff.) oder als Klage auf Feststellung des Erbrechts (ZPO. § 256) erhoben werden. Die Beschwerde kann darauf gestützt werden, daß die in den §§ 1964, 1965 BGB., §§ 948—950 ZPO. vorgeschriebenen Förmlichkeiten des Verfahrens nicht beobachtet worden seien, nicht aber auf die Behauptung sachlicher Unrichtigkeit der getroffenen Feststellung, dies jedenfalls dann nicht, wenn das in Anspruch genommene Erbrecht erst nach dem Erlasse des Feststellungsbeschlusses bei dem Nachlaßgericht angemeldet worden ist. Die Vorschriften über die Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins (§ 2361) können auf die gemäß § 1964 getroffene Feststellung nicht entsprechend angewendet werden. Im Erbscheinserteilungsverfahren kann gegenüber der zugunsten des Fiskus getroffenen Feststellung die Frage der Rechtsbeständigkeit eines angemeldeten Erbrechts zum Austrage gebracht werden, denn die §§ 2353, 2358, 2359 verleihen dem wahren Erben dieses Recht allgemein und ohne Einschränkung. Anderenfalls würde der Fiskus behindert sein, das Erbrecht des Anwärters freiwillig anzuerkennen oder die Aushändigung des Nachlasses von der Vorlegung eines Erbscheins abhängig zu machen Kommt das Nachlaßgericht zur Überzeugung von der Rechtsbeständigkeit des nachträglich angemeldeten Erbrechts, so nimmt es mit dem entsprechend ausgestellten Erbscheine das früher

erteilte Zeugnis zurück und erklärt es für erledigt. Daß sich möglicherweise die beiden Zeugnisse widersprechen, ist unvermeidlich, wie in dem Falle, daß dem wahren Erben ein Erbschein zu erteilen ist, bevor ein vorher unrichtig erteilter Erbschein eingezogen oder für kraftlos erklärt worden ist.

2. PosMSchr. **10** 104 (Marienwerder). Durch einen gemäß § 1964 Abs. 2 erlassenen Feststellungsbeschluß wird der Herausgabeanspruch des wahren Erben (BGB. §§ 2018 ff.) nicht ausgeschlossen; § 1965 Abs. 2 hat nur Bedeutung für die in den §§ 1964, 1965 geordnete Feststellung des Erbrechts durch das Nachlaßgericht. — Die Stadt Danzig hat nach dem ihr vom König Johann Kasimir von Polen verliehenen Privileg vom 20. 4. 1660 und § 4 Art. 10 G. vom 16. 2. 1857, betr. Einf. des Westpreuß. ProvRechts in die Stadt Danzig und deren Gebiet (GS. 87) nur dann Anspruch auf eine erblose Verlassenschaft (bona caduca in eadem civitate legitime incidentia et provenientia), wenn der Erblasser seinen letzten bekannten Wohnsitz in Danzig gehabt hat.

3. *Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren. Festgabe für Gierke (201). Das zwischen dem Fiskus und einem anderen Erbprätendenten ergehende Urteil ist im Verhältnisse zwischen diesen Parteien auch für den Nachlaßrichter bindend.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Der Berichtsstoff zu diesem Titel ist diesmal erheblich spärlicher als in den früheren Berichtsjahren, auch handelt es sich hierbei mehr um einzelne Fragen ohne grundsätzliche Bedeutung. Hervorzuheben sind die bei § 1967 mitgeteilten Äußerungen über die Frage, ob der Nachlaß oder das Eigenvermögen des Erben für Geschäfte, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses getätigt hat, haftet.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

Literatur: Zahn, Die Haftung aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses. Mit besonderer Berücksichtigung des Firmenrechts. 1910. (Göttinger Dissertation.)

§ 1967. 1. a) Bär, SeuffBl. **10** 352. Macht der Erbe des Mieters von seinem gesetzlichen Kündigungsrechte (§ 569 Satz 2 BGB.) keinen Gebrauch, so liegt in der Versäumnis des ersten Kündigungstermins ein stillschweigendes Kontrahieren des Erben mit dem Mieter über die Fortsetzung des Mietverhältnisses, und es tritt von da ab für die Zeit seit dem Tode des Erblassers neben die weiter fortlaufende Nachlaßverbindlichkeit die Eigenverbindlichkeit des Erben zur Entrichtung des Mietzinses. Auf eine solche Verbindlichkeit findet im Nachlaß- und Erbenkonkurse § 68 KO. entsprechende Anwendung. b) Dagegen Martin, SeuffBl. **10** 463. Inwiefern der Erbe auch ohne Rücksicht auf seine Erbeneigenschaft als ursprünglicher Schuldner aus dem Mietvertrage verpflichtet sein soll, wenn er von dem Kündigungsrechte keinen Gebrauch macht, ist nicht einzusehen. Dadurch, daß er die Kündigung unterläßt, macht er nur von einem ihm als Erben zustehenden Rechte keinen Gebrauch; keinesfalls kann darin — und zugleich im Unterlassen der Kündigung seitens des Vermieters — eine stillschweigende, eine Verpflichtung erst begründende Vereinbarung über die Fortsetzung des Mietverhältnisses gefunden werden. S. a. zu § 569 Ziff. 4.

2. Wachsner, LeipzZ. **10** 381 ff. Der Erbe, der ein zum Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, aber den Betrieb vor Ablauf von 3 Monaten wieder einstellt (§ 27 Abs. 2 HGB.), haftet für die während der Schwebezeit von ihm eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten den Gläubigern unbeschränkt und unmittelbar. AM. SächsOLG. **28** 403.

3. *Zahn aaO. prüft die Frage, ob der Nachlaß oder das Erbenvermögen für Geschäfte, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses eingegangen sei, zu haften habe, vom Standpunkte der einzelnen in Betracht kommenden Interessen aus: Gegenkontrahent des Erben, Erbe, Nachlaßgläubiger. Der Interessenlage wird nach der Ansicht des Verf. nur die Haftung des Erbenvermögens, nicht die des Nachlasses gerecht. Wortlaut, Vorgeschichte (insbes. Mot. V 603 u. 629) und Systematik (§ 224 KO.!) des Gesetzes stimmen mit dieser Lösung überein. — Der mannigfach erteilte Rat, der Erbe solle vertragsmäßig die Haftung auf den Nachlaß beschränken, ist zwar nicht theoretisch, wohl aber aus praktischen Gründen in der Regel wertlos. — Der Abschluß eines Geschäfts unter der Firma des Erblassers bedingt nach des Verf. Meinung dann eine besondere Lösung, wenn der Gegenkontrahent infolge des Gebrauchs der Firma nicht weiß und nicht zu wissen braucht, daß der Erbe Inhaber des Geschäfts geworden ist. Dann haftet dem Gegenkontrahenten, sofern die Schutzvoraussetzungen des § 15 HGB. gegeben sind, neben dem Erbenvermögen auch der Nachlaß.

4. a) SeuffA. **65** 257, R. **10** Nr. 1988 (Hamburg). Das Erbe des Firmeninhabers haftet persönlich, wenn er (oder für ihn der Prokurist) Waren bestellt, ohne den Erbfall zu erwähnen (BGB. § 164), vgl. PucheltsZ. **35** 463 (Cöln), dagegen SächsOLG. **28** 402 (Dresden). **RG. 62** 42 betrifft die hier streitige Frage nicht. Wäre die Absicht des Gesetzes gewesen, daß auch für die vom Erben begründeten Verbindlichkeiten die beschränkte Haftung eintreten solle, so hätte § 27 Abs. 2 HGB. die Ausnahme vom Grundsatze der persönlichen Haftung nicht auf frühere Geschäftsverbindlichkeiten beschränken können. **b**) Hierzu bemerkt *Zahn in seinem Selbstberichte: Diese Begründung dürfte darum unzutreffend sein, weil der Abs. 2 des § 27 HGB. im wesentlichen lediglich den Eintritt der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Vorschriften für die Haftung des Erben vorschreibt. Eine Beschränkung der Haftung wird hier gar nicht statuiert. Also kann ein Schluß auf den Umfang der Verbindlichkeiten, für die „beschränkt gehaftet“ werde, aus dieser Bestimmung überhaupt nicht gezogen werden.

§ 1968. R. **10** Nr. 2575 (Hamburg). Wenn auch in der Regel die Verpflichtung des Erben, die Kosten der Beerdigung zu tragen, eine Nachlaßverbindlichkeit darstellt, so schließt diese Regel doch nicht aus, daß der Erbe diese Kosten persönlich übernimmt. Dies ist z. B. dann anzunehmen, wenn der Erbe eine Beerdigung bestellt, die in keinem Verhältnisse zu den Mitteln des Nachlasses steht.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1970. ElsLothJZ. **10** 45 (Colmar). Der Aufgebotsantrag des Nachlaßverwalters ist selbst dann zulässig, wenn der Erbe unbeschränkt haftet, da der Nachlaßverwalter auch den Nachlaßgläubigern gegenüber für die Verwaltung des Nachlasses verantwortlich ist (§ 1985 Abs. 2 BGB.). In solchen Fällen muß der Wortlaut der im § 995 ZPO. enthaltenen Androhung entsprechend geändert werden.

§ 1973. OLG. **21** 307, R. **10** Nr. 3357 (Naumburg). Wird die Klage, die der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Gläubiger gegen die Erben oder den Nachlaßverwalter erhoben hat, wegen Erschöpfung des Nachlasses abgewiesen, so hat der Kläger die gesamten Kosten zu tragen.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Literatur: Oetker, Konkursrechtliche Erörterungen. B. Fragen des Nachlaß- und des Gesamtkonkursverfahrens, GoldschmidtsZ. **36** 207 ff.

§§ 1975 ff. Oetker, GoldschmidtsZ. **36** 259 Anm. 28, hält die üblichen Formeln — prinzipiell unbeschränkte, prinzipiell beschränkte, beschränkbare Haftung

— dem Gesetze gegenüber für unzureichend, entscheidet sich vielmehr für folgende Formel: „Zunächst unfixierte, sich in der Folge im Sinne der beschränkten oder unbeschränkten Haftung fixierende Haftung", indem diese Fixierung gefunden wird teils in Handlungen oder Unterlassungen (nicht nur) des Erben, wie sie im BGB., in der ZPO. und KO. bestimmt ist, teils in gewissen Nachlaßsituationen (§§ 1990 Abs. 1, 1992).

§ 1975. **RG. 74** 375, JW. **11** 48. Die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß tritt dann jedenfalls ein, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist. Diesem Falle ist im § 1990 derjenige gleichgestellt, daß die genannten Maßregeln wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich sind und daß aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt ist. Denn in diesem Falle ist dem Erben gleichfalls das Recht beigelegt, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Dies gilt auch gegenüber dem Dritten, dem der Erblasser nach dem Gesetz unterhaltspflichtig war (§ 844 Abs. 2 BGB.).

§ 1985. 1. Die Entsch. des RG. — JDR. **8** zu § 1985 — auch **RG. 72** 260.

2. OLG. **21** 293, ElsLothJZ. **10** 49, ElsLothNotZ. **10** 20 (Colmar). Auch der Nachlaßverwalter kann wegen pflichtwidrigen Verhaltens (§ 1886) vom Nachlaßgericht entlassen werden.

§ 1989. *Ötker aaO. 278, 279, 281, 284, 291, 292, 293. Die mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses eingetretene Beschränkung der Haftung des Erben bleibt bestehen bei Einstellung des Konkurses wegen Konkursverzichts der Gläubiger (§§ 202, 203 KO.). Doch kann nach der Einstellung dem Erben eine Inventarfrist gesetzt werden mit der Folge, daß die Verletzung der Inventarpflichten ihm die beschränkte Haftung entzieht. — Nach Konkursbeendigung durch Massenverteilung hat der Erbe aus dem etwa vorhandenen Nachlaßüberschuß Erbschaftsschulden vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, diese vor den Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen, es sei denn, daß der Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung der nachstehenden Verbindlichkeiten geltend macht. — Bei Konkursbeendigung durch Zwangsvergleich gehören zu den vom Vergleiche nicht betroffenen Gläubiger, denen der Erbe gemäß § 1989 mit dem Nachlaßüberschusse haftet, nicht auch diejenigen Gläubiger, die ihre Forderungen im Konkurse nicht angemeldet hatten. Bevorrechtigte Gläubiger haben auf Befriedigung aus der Gesamtnachlaßmasse Anspruch. Zwischen ihnen und den Vergleichsgläubigern entscheidet die Prävention, ebenso zwischen den Vorzugsgläubigern untereinander. Zurückgesetzte Gläubiger haben auf Befriedigung nur aus dem Nachlaßüberschuß Anspruch, wozu aber auch solche Nachlaßstücke gehören, die der Konkursmasse fern geblieben waren. Von den zurückgesetzten Forderungen gehen Erbschaftsschulden den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, diese den Vermächtnissen und Auflagen vor.

§ 1990. 1. FrankfRundsch. **44** 34 (Frankfurt). Die im § 1990 Abs. 1 vorgesehene Beschränkung der Vollstreckung in den Nachlaß erstreckt sich auch auf solche Prozeßkosten, welche in einem von dem Erblasser begonnenen Rechtsstreite bereits in der Person des Erblassers entstanden sind, und zwar nicht nur auf die bis zum Todestage des Erblassers erwachsenen Kosten, sondern, da der Anspruch auf Kostenerstattung in Gemäßheit der Vorschriften der ZPO. als ein bedingter schon mit Beginn der gerichtlichen Verfolgung entsteht (JW. **95** 504 Nr. 2), auch auf die weiteren Kosten, sofern sie nicht durch unsachgemäßes Verhalten der Erben hervorgerufen sind. Haben daher die

Erben sofort bei der ersten mündlichen Verhandlung den Klaganspruch anerkannt und damit die in der Person ihres Erblassers bereits entstandene Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten auf das tunlich geringste Maß beschränkt, so haften sie nicht persönlich über den Bestand des Nachlasses hinaus.

2. Vgl. auch oben zu § 1975.

§ 1992. HansGZ. **10** Beibl. 185, OLG. **21** 308 (Hamburg). Hat der Erblasser einem Miterben ein Vorausvermächtnis (§ 2150) des Inhalts zugewendet, daß die Erben eine dem Erblasser gegen den Miterben zustehende Schuld nicht einziehen, ihm vielmehr das Geld belassen sollten, so ist bei überschuldetem Nachlasse der Nachlaßverwalter nach den §§ 1992, 1991 Abs. 4 berechtigt, die Erfüllung des Vermächtnisses, hier also die Unterlassung der Einziehung der Forderung, insoweit zu verweigern, als es zur Deckung der vorübergehenden Nachlaßgläubiger erforderlich ist (§ 226 KO.). Aber auch nur insoweit, denn im übrigen kommt das Vermächtnis voll zur Geltung. JW. **10** 216 betrifft einen anderen Fall, nämlich die Beitreibung der Schuld eines Miterben. (Vgl. auch zu § 2174 und § 2083.)

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

Literatur: Gutmann, Die Inventarerrichtung nach den §§ 1993 ff. BGB. Ein Rechtsbehelf bei zweifelhafter Nachlaßsolvenz (2). München 1910.

§ 1994. 1. SächsRpflA. **10** 186 (Dresden) hält es für genügend, den Vorbehalt der beschränkten Haftung nach § 780 ZPO. im allgemeinen auszusprechen, und überläßt die sachliche Entscheidung darüber, ob die Beschränkung bereits endgültig feststehe, dem im § 781 ZPO. vorgesehenen Verfahren.

2. SchlHolstAnz. **10** 323 (KG.). Die Bestimmung einer Inventarfrist auf Antrag eines Nachlaßgläubigers hat ohne Rücksicht darauf zu erfolgen, ob ein Aktivnachlaß vorhanden ist oder nicht. Sie kann daher nicht von dem Nachweis abhängig gemacht werden, daß der Erblasser, wenn er in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hat, Vorbehaltsgut hinterlassen habe.

§ 2001. OLG. **21** 310 (Hamburg). Daraus, daß der Besitz einer Kundschaft einen Vermögenswert darstellt, folgt nicht, daß dieser Wert unter allen Umständen bei Auseinandersetzungen, die ein Handelsgeschäft mit berühren, angerechnet werden müsse, vielmehr ist dies nur dann der Fall, wenn ein Gesellschafter infolge seines erzwungenen Ausscheidens aus dem Gesellschaftsvermögen abgefunden werden muß (OLG. **19** 313), nicht aber, wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst ist und die Frage entsteht, ob sie liquidiert oder das Geschäft auf den nachgebliebenen Gesellschafter übertragen werden soll.

§ 2003. BayObLG. **10** 490 (BayObLG.). Der Anspruch auf Herausgabe des eingebrachten Gutes und der Pflichtteilsanspruch geben der Frau nicht das Recht, die Anordnung der Errichtung eines notariellen Inventars über den Nachlaß des Mannes zu verlangen.

V. Aufschiebende Einreden.

§ 2014. SeuffA. **65** 170, LeipzZ. **10** 171, R. **10** Nr. 1595 (Cassel). Der Nachlaßgläubiger hat bereits während der Frist des § 2014 nach §§ 305, 782 ZPO. Anspruch auf einen mit dem Vorbehalte der beschränkten Haftung versehenen, im Wege der Maßregeln zur Arrestvollziehung vollstreckbaren Schuldtitel. Der Nachlaßverwalter ist daher verpflichtet, den Kläger durch

Ausstellung einer mit den Beschränkungen der §§ 305, 782 ZPO. versehenen vollstreckbaren Urkunde klaglos zu stellen. Unterläßt er dies und wird er daraufhin von dem Gläubiger verklagt, so hat er nach § 91 ZPO. die Prozeßkosten zu tragen, falls nicht die Vorschrift des § 93 ZPO. Anwendung findet. Diese Verpflichtung besteht für ihn ohne Rücksicht darauf, ob er (was streitig) in bezug auf die Zahlung der Nachlaßschuld bereits in Verzug geraten war oder nicht.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. 1. Die Entsch. des RG. — JDR. 8 zu § 2018 — auch Pos. MSchr. **10** 13.

2. *Pringsheim, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils 67 ff. Dem Erwerber eines Erbteils (§ 2033 Abs. 1) steht der zur Zeit der Erbteilsübertragung entstandene Erbschaftsanspruch zu. Nach diesem Zeitpunkte kann der Erbschaftsanspruch weder diesem Erwerber noch dem Miterben entstehen, der seinen Erbteil veräußert hat.

§ 2019. *Bellermann, Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsveräußerungen, 1910 (Diss.). Die Surrogation (§ 2019) ist unabhängig davon, ob der Erbschaftsbesitzer dem wahren Erben gegenüber wirksam verfügt hat (z. B. auf Grund Erbscheins, guten Glaubens) oder ob nicht. Beim Erbschaftsanspruche bleibt es gleichgültig, ob der Dritte, z. B. der Käufer, rechtsbeständig erworben hat oder ob er dem Erben herausgabepflichtig ist (anders z. B. im § 816). Hauptstütze dieser Auffassung ist, daß auch der Besitz (als Vermögensvorteil) notwendig ein „Mittel der Erbschaft" darstellt; auch ist die gegenteilige Auffassung weder im Wortlaute des Gesetzes, noch in den Materialien begründet. — Daher kann der Erbe im Falle des § 2030 sowohl vom Erwerber die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände, als vom Scheinerben die Surrogate herausverlangen. Aber: begehrt er die Surrogate, so liefert ihm der Erbschaftsbesitzer diese nur aus gegen Abtretung (gemäß § 255) der Ansprüche, die der Erbe auf Grund des § 2030 gegen den Erwerber hat, denn Surrogation ist eine Erscheinungsform von Schadensersatz; durch die Gewährleistungspflicht (§ 2376) werden dann in der Person des Erbschaftsbesitzers diese Ansprüche dem Erwerber gegenüber paralysiert. Geht der Erbe jedoch gegen den Erwerber vor und erhält er zur Erbschaft gehörige Gegenstände, so ist insoweit für die Surrogation causa finita; der Surrogationsanspruch des § 2019 gegen den Scheinerben erlischt insoweit durch Zweckerreichung.

§ 2022. **RG.** R. **10** Nr. 3017. Der Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte, der den Nachlaß im Besitze hat, kann gegenüber dem Herausgabeanspruche des Erben ein Zurückbehaltungsrecht zwar wegen seiner auf den Nachlaß gemachten Verwendungen (BGB. § 273), nicht aber auch wegen seines Vermächtnis- oder Pflichtteilsanspruchs geltend machen, denn durch die Verwirklichung des Herausgabeanspruchs soll der Erbe erst in die Lage gesetzt werden, die Erbschaftsregulierung vorzunehmen.

§ 2027. 1. ElsLothJZ. **10** 464 (Colmar). Sowohl ein Miterbe, als auch ein Fremder, der für sich kein Erbrecht beansprucht, haben, wenn sie eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nehmen, bevor die sämtlichen Erben den Besitz tatsächlich ergriffen haben, die Verpflichtung, den Erben (Miterben) über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen. Die Kenntnis des Bestandes der Erbschaft allein legt eine solche Verpflichtung nicht auf. Die Auskunftspflicht wird gemäß § 260 Abs. 1 BGB. regelmäßig durch Vorlage eines Verzeichnisses erfüllt, unter

Umständen genügt eine zu notariellem Protokoll erklärte und den Erben (Miterben) mitgeteilte Erklärung, ja mit Zustimmung und unter Verzicht der letzteren auf ein schriftliches Verzeichnis auch eine mündliche Anzeige. Zur Vervollständigung der Auskunftserteilung steht der im § 260 Abs. 2 BGB. verzeichnete Weg (Verlangen des Offenbarungseids) offen.

2. OLG. **21** 310 (KG. III ZS.). Unter „Erbe" im Sinne des § 2027 ist auch der Nacherbe nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge zu verstehen, und zwar auch dann, wenn der possessor pro possessore zugleich Miterbe ist (vgl. GruchotsBeitr. **48** 973). Die Auskunft soll dem Berechtigten Gewißheit über den Umfang des ihm unbekannten Nachlasses, aber nicht eine Bestätigung seiner Ansicht über den Umfang des Nachlasses verschaffen.

3. **RG.** PosMSchr. **10** 185. Auch derjenige, welcher auf Grund einer Pfändung die Befugnis erlangt hat, die Rechte eines Miterben an der Erbengemeinschaft auszuüben, ist berechtigt, von dem Erbschaftsbesitzer Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu verlangen. Vgl. auch Ziff. 2b zu § 2033 BGB.

§§ 2027, 2028. 1. OLG. **20** 427 (KG.). Die Auskunft des § 2028 geht inhaltlich nicht weiter als die des § 2027; auch diese kann eine Rechnungslegung über Geschäftsführung enthalten. Wer daher nach § 2027 Auskunft erteilt hat, kann nicht nochmals aus § 2028 zu einer Auskunft angehalten werden.

2. OLG. **20** 428 (Dresden). Weder die durch § 2027, noch die durch § 2028 auferlegte Auskunftspflicht schließt die Verpflichtung ein, ein erbständiges Verzeichnis der Nachlaßgegenstände zu geben (OLG. **11** 230, **16** 42). Der Erbe kann vielmehr nur eine allgemeine Auskunft über den Bestand der Erbschaft zur Zeit des Erbfalls und darüber verlangen, was dem zur Auskunft Verpflichteten über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände (§ 2027 Abs. 1) sowie über etwaige Eingriffe in den Nachlaß (§ 2028 Abs. 1) bekannt ist.

§ 2028. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** Ziff. 1a zu § 2028 — auch PosMSchr. **10** 13.

2. SächsOLG. **31** 182 (Dresden). Das Nachlaßgericht, bei dem die Abnahme des Offenbarungseids nach § 163 FGG. beantragt wird, hat jedenfalls zu prüfen, ob nach dem gestellten Antrag überhaupt ein Fall vorliegt, in welchem ein solcher Eid gesetzlich abgenommen werden darf. Gelangt es zur Verneinung dieser Frage, so hat es den Antrag abzuweisen, selbst wenn der Antragsteller zur Eidesleistung bereit ist. Handelt es sich darum, ob eine Nachlaßschuld, die Einbringensforderung der Antragsgegnerin, bestehe, und in welcher Höhe, so kommt ein Offenbarungseid i. S. des § 2028 (und auch ein solcher i. S. des § 2027) nicht in Betracht.

3. SchlHolstAnz. **10** 97 (Kiel). Die häusliche Gemeinschaft wird nicht dadurch aufgehoben, daß der Erblasser einige Zeit vor seinem Tode in einer Anstalt untergebracht war, wenn dies nur als eine vorübergehende Maßnahme gedacht war.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind in diesem Titel die Dissertationen von Nölle und Pringsheim über die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs durch Miterben und die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils mit Selbstberichten der Verfasser (zu §§ 2032 ff. und 2033, 2034). Die Rechtsprechung, namentlich auch die des Reichsgerichts, hat reichliche Gelegenheit gehabt, sich über einzelne Fragen, die mit der Erbauseinandersetzung zusammenhängen, auszusprechen. Besonders zahlreich sind die Erörterungen der Zulässigkeit und Wirkung

einer teilweisen Auseinandersetzung (Ziff. II zu § 2042) und über die Ausgleichungspflicht (§§ 2050 ff.).

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§§ 2032 ff. *Nölle, Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs durch Miterben. Berlin 1910. (Diss.) Die Grundlage von Miteigentum und Gesamthand ist die gleiche; nur das Verhältnis der Berechtigten zueinander ist verschieden und auch der verschiedensten Formen fähig. So hat das BGB. den Grundsatz der Gesamthand der Erbengemeinschaft durch Übernahme der miteigentümergleichen Verfügungsmacht der Miterben über ihre Anteile durchbrochen. Eine Nießbrauchsbestellung uno actu durch Miterben ist auch an allen Anteilen (nicht aber am Nachlasse als solchem) zulässig. Der Nießbrauch an allen Anteilen ist einerseits Nießbrauch an einer Mehrheit von Rechten, andererseits (wegen der tatsächlichen Ergebnisse) auch Nießbrauch am Nachlasse (§ 1089). Deshalb ist die Schuldenhaftung der §§ 1086—1088 auch für den Fall des Nießbrauchs an allen Erbteilen anzunehmen. Für den Nießbrauch an einem Anteil ergibt sie sich aus § 1922 ². Der Nießbraucher erhält die Rechte, die sich aus der Erbengemeinschaft für Verwaltung und Benutzung ergeben. ➠ Vgl. neuerdings Wolff in Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht 393/394, in der Hauptsache übereinstimmend, abweichend in der Nichtberücksichtigung der tatsächlichen Ergebnisse (Nießbrauch an allen Anteilen auch Nießbrauch am Nachlaß) und in der Behauptung, der Nießbraucher habe „an den zur Erbschaft gehörigen Sachen ein ähnliches Recht wie ein Nutznießer ohne Verwaltungsrecht". ⟵

§ 2032. 1. Die Entsch. des OLG. Colmar — JDR. **8** Ziff. 1a zu § 2032 — (keine rechtsgeschäftliche Begründung einer Erbengemeinschaft) — auch OLG. **21** 316.

2. a) Die Entsch. KGJ. **37 A** 145 — JDR. **8** Ziff. 1 b zu § 2032 — auch RJA. **10** 42. Demgegenüber vertritt **b)** Marcus, HoldheimsMSchr **10** 87, die Ansicht, daß eine Erbengemeinschaft auch Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft sein könne.

§ 2033. 1. Dingliche und obligatorische Verfügung über einen Erbteil. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1059, JW. **10** 180, WarnE. **3** 163, 165, R. **10** Nr. 926. Daß bei ungeteilter Erbengemeinschaft der einzelne Miterbe über einzelne Nachlaßgegenstände einen obligatorischen Vertrag eingehen kann, ist in der Literatur anerkannt und auch in der Rechtsprechung nicht verneint. Der Umstand, daß die Beklagten einen Anteil an dem Nachlaßgrundstücke nicht besitzen, schließt es nicht aus, daß sie einen solchen Anteil zum Gegenstand ihrer Verpflichtung machen. Auch eine fremde Sache oder der Bruchteil einer solchen kann veräußert werden. Das „subjektive Unvermögen" zur Leistung ist nicht gleichbedeutend mit einer nach § 306 BGB. die Nichtigkeit des Vertrags begründenden „Unmöglichkeit" der Leistung. **b)** PosMSchr. **10** 41 (KG.). Allerdings muß zwischen dem obligatorischen Verkauf eines Erbteils und seiner dinglichen Übertragung, die im Gegensatze zu dem Verkauf einer ganzen Erbschaft durch den Alleinerben (§ 2374) in der Übertragung des Anteils als Ganzen und nicht in der Herausgabe der einzelnen Nachlaßgegenstände (vgl. § 2033 Abs. 2, § 2040 Abs. 1) besteht, unterschieden werden. Aber beide Rechtsakte können miteinander verbunden werden dergestalt, daß sie in derselben Urkunde Aufnahme finden. Denn es ist für beide Akte die gleiche Form — gerichtliche oder notarielle Beurkundung — vorgeschrieben, und die Übertragung stellt sich nur als Vollzug des Verkaufs dar. Demgemäß ist allgemein anerkannt, daß in dem formgerechten

Vertrage, durch den ein Miterbe seinen Anteil am Nachlasse verkauft, zugleich die Übereignung des Erbteils gefunden werden kann (**RG. 61** 88, **KGJ. 28** A 285, OLG. 4 189, Dernburg, Erbr. § 193 IV, Josef, ACivPr. **99** 315 ff., 323, 325).

2. Pfändung eines Erbanteils. a) **RG.** 74 55, JW. **10** 756, BayNotZ. **11** 25. Auch zur Wirksamkeit der Pfändung eines Erbanteils (§ 2033) ist die Zustellung des Verbots nach § 829 ZPO. an die Miterben des Schuldners als Drittschuldner erforderlich. Ist die Erbschaft einer Ehefrau zugefallen, so ist nur diese, nicht auch der Ehemann Miterbe und als Miterbe Drittschuldner. b) **RG.** PosMSchr. **10** 185, WarnE. 4 150. Die Pfändung des Anspruchs auf Auskehrung des verbleibenden Nachlaßüberschusses (§ 2047 Abs. 1) berechtigt an sich den Gläubiger nicht, die eigentlichen Teilhaberschaftsrechte des von der Pfändung betroffenen Erben gegenüber den anderen Erben geltend zu machen. Zu beanstanden ist jedoch nicht eine Auslegung der Pfändung dahin, daß in Wahrheit der Anteil des Schuldners am väterlichen Nachlasse (§ 2033) gepfändet werden sollte und gepfändet worden ist, da die „Forderung auf Erbauseinandersetzung" einen der wichtigsten Bestandteile des Miterbenrechts bildet, hiervon rechtlich kaum losgelöst werden kann und deshalb wohl selbst als Bezeichnung des Erbrechts verstanden werden kann. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 2027 BGB.

3. Vgl. auch Endemann Ziff. 4 zu § 2353 BGB. (Erteilung des Erbscheins auf den Namen des Erbteilserwerbers?)

§§ 2033, 2034. *Pringsheim, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. (16, 22, 31) Verfügung über den Anteil am Nachlasse bedeutet Verfügung über die Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Diese Anteile sind ideelle, rechnerisch bestimmbare Quoten: sie sind aber keine Quoten im Sinne der Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff.), sondern Gesamthandanteile, d. h. es kann einerseits einzeln über sie nicht verfügt werden, andererseits über alle gemeinsam durch einen Akt, wie bei sämtlichen „Gemeinschaften zur gesamten Hand". (40) Der Erwerber eines Nachlaßanteils kann diesen durch Verfügung nach § 2033 Abs. 1 übertragen. (48 ff.) Die Miterben können durch Vertrag weder eine ihr fremde Person noch ihr fremde Gegenstände in die Erbengemeinschaft aufnehmen. (72 ff.) Die Übertragung sämtlicher Nachlaßanteile überträgt das ererbte Handelsvermögen, ermächtigt daher zur Fortführung des Handelsgeschäfts und bildet die Grundlage zum rechtmäßigen Gebrauche der Firma, sobald alle Miterben zustimmen. (61 ff.) a) Hat ein Miterbe seinen Erbteil veräußert, so steht bei Verkauf eines anderen Erbteils ihm, nicht dem Erwerber das Vorkaufsrecht zu. b) Bei Verkauf eines zweiten Erbteils an denselben Erwerber entsteht ein neues Vorkaufsrecht. c) Bei Verkauf des erworbenen Erbteils durch den Erwerber entsteht kein neues Vorkaufsrecht.

§ 2038. 1. DJZ. **10** 656 (Darmstadt). Ein Handelsgeschäft kann auf Grund des § 27 HGB. nur gemeinsam von den Miterben fortgeführt oder eingestellt werden. Beides fällt in den Rahmen der Verwaltung des Nachlasses (OLG. **4** 455) und setzt daher einen gemeinschaftlichen Beschluß der Miterben voraus, kann aber nicht eigenmächtig von dem einzelnen Miterben für seine Person zum Eintrag angemeldet werden [Staub (8) Note 27 zu § 27 HGB.]. Über jene Verwaltung ist nach §§ 2038², 745 BGB. nötigenfalls ein Mehrheitsbeschluß der Miterben erforderlich.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1596. Ein Miterbe, der im Besitze von Nachlaßstücken ist, hat auf Verlangen seiner Miterben diese herauszugeben, da die Miterben kraft ihres Rechtes auf gemeinschaftliche Verwaltung des Nach-

lasses (§ 2038) zur Ausübung des Besitzes an den Nachlaßsachen befugt sind. Diesem Rechte wird nicht genügt durch die Bereitwilligung des Miterben, die Nachlaßstücke mit zur Versteigerung zu bringen.

§ 2039. 1. OLG. **21** 314, SeuffBl. **10** 329 (München). Vor Auseinandersetzung des Nachlasses kann ein Miterbe gegen einen zu den Miterben gehörenden Nachlaßschuldner die ihn treffende Erbquote klageweise nicht geltend machen; OLG. **4** 432 (Kiel), BayRpflZ. 66 295 (BayObLG.). Unerheblich ist, aus welchem Grunde die Auseinandersetzung unterblieben ist. Auch kann der Miterbe als Nachlaßgläubiger vorher von dem Miterbenschuldner für eine Nachlaßverbindlichkeit (z. B. zum Ersatze vorgeschossener Beerdigungskosten) Befriedigung nicht verlangen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2576. Besteht der Nachlaß lediglich aus einer Forderung gegen den Erben und sind auch keine Nachlaßschulden vorhanden, so steht nichts entgegen, daß die anderen Erben von dem Schuldner die Zahlung eines ihrem Erbanteil entsprechenden Teiles der Schuld fordern. Dem Verlangen der Hinterlegung der ganzen Schuldsumme (§ 2039) könnte der Schuldnererbe mit Grund den Einwand, das Verlangen sei dolos, entgegensetzen.

3. **RG.** R. **10** Nr. 4103. Ist ein Miterbe zugleich Nachlaßschuldner und entfällt auf ihn ein sofort berechenbarer Anteil von der Nachlaßforderung, so kann er nicht gemäß § 2039 Satz 2 zur Hinterlegung der vollen Forderungsbeträge angehalten werden. Die Kläger hätten sich dem Einwande der Arglist ausgesetzt, wenn sie darauf bestanden hätten, daß die Beklagten die erforderlichen Mittel beschaffen, um einem derartigen Hinterlegungsbegehren entsprechen zu können (**RG. 65** 5).

§ 2040. 1. SeuffA. **65** 138 (Dresden). Die von dem Erblasser einem seiner Miterben erteilte Verkaufsvollmacht erlischt durch Widerruf (§ 168 Satz 2 u. 3 BGB.), wenn auch nur einer der Miterben nach dem Tode des Erblassers dem Bevollmächtigten den Widerruf erklärt. Ein solcher Widerruf ist darin zu finden, daß einer der Miterben die Zwangsversteigerung des zu verkaufenden Grundstücks vor dem Abschlusse des Kaufvertrags gemäß §§ 180, 181 ZVG. beantragt. Der Käufer, der sich mit dem Bevollmächtigten in Verhandlungen eingelassen hat, handelt fahrlässig (BGB. § 173), wenn er sich um den zur Zeit des Vertragsabschlusses im Grundbuch eingetragenen Versteigerungsvermerk nicht gekümmert hat.

2. OLG. 21 312, SeuffBl. **10** 534 (München). Der Erbe erwirbt freies Sondereigentum an einem einzelnen Nachlaßgegenstand erst durch die Erbauseinandersetzung. Daher fällt die Zuweisung von Wertpapieren an einzelne Miterben unter Tarifst. 4a RStempG. vom 3. 6. 06. Um einen „Erwerb von Todes wegen", der den Begriff des Anschaffungsgeschäfts im Sinne des RStempStG. ausschlösse, handelt es sich hierbei nicht, weil bei einer Mehrheit von Erben der Erwerb erst durch die Teilung des Nachlasses eintritt.

§ 2042. I. Wesen und Zulässigkeit der Erbauseinandersetzung. Erbteilungsklage. 1. **RG.** JW. **10** 655, R. **10** Nr. 2605, WarnE. **3** 266. Die Erbauseinandersetzung vollzieht sich, auch soweit sie in einer Teilung von Nachlaßgegenständen oder des Erlöses von Nachlaßgegenständen besteht (§ 2042 Abs. 2, §§ 752, 753, 754 BGB.), nicht unmittelbar durch richterliches Urteil, sondern durch Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrags. Die Klage auf Abschließung eines solchen Vertrags hat, abgesehen von dem Verhältnisse der Erbbeteiligung, zur nächsten Voraussetzung, daß die Gegenstände, auf die er sich beziehen soll, fest-

stehen. Deshalb ist die gegen einen Miterben auf Anerkennung der Richtigkeit des behaupteten Nachlaßbestandes gerichtete Klage nach § 256 ZPO. zulässig. Die Zulässigkeit ergibt sich auch daraus, daß der Erbe zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, sofort auf Auseinandersetzung zu dringen, und daß er daher, statt sofort die Erbauseinandersetzungsklage zu erheben, sich zunächst darauf beschränken kann, die Klarstellung des Nachlaßbestandes zu fordern.

2. **RG.** R. **10** Nr. 4104. Besteht ein Nachlaß aus einer Forderung gegen einen der Erben und nehmen die Miterben unter entsprechender Berechnung des Teilungsguthabens die auf sie selbst entfallenden Anteile in einem einheitlichen Betrag in Anspruch, so läuft das Klagebegehren zugleich auf eine Erbauseinandersetzung unter sämtlichen Erben hinaus, und der verklagte Erbe hat kein Recht, die Teilung in der beanspruchten Art als den §§ 2042, 752 widerstreitend abzulehnen. Vgl. Ziff. 2 zu § 2039.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1761. Ist bei der Erbauseinandersetzung ein verhältnismäßig nicht bedeutendes Aktivum zur Deckung von Rentenvermächtnissen einbehalten worden, so schließt dies nicht aus, daß durch die Auseinandersetzung das zwischen den Erben bestehende gesamtschuldnerische Verhältnis endgültig beseitigt ist, dergestalt, daß an dem einbehaltenen Aktivum nur ein Bruchteilseigentum des Miterben bestehen bleibt.

4. OLG. **21** 315 (Braunschweig). Die Erbteilungsklage kann nur von einem Erben gegen alle übrigen Miterben oder nur gegen einen Erben von allen übrigen Miterben erhoben werden (JW. **04** 61, BraunschwZ. **02** 31).

II. Teilweise Erbauseinandersetzung. 1. **RG.** JW. **10** 846, WarnE. **3** 352, SächsRpflA. **10** 476. Grundsätzlich ist weder durch § 166 I. 17 PrALR. noch durch die ähnliche Bestimmung des § 2042 eine Erbauseinandersetzung ausgeschlossen, die wegen der zwischen den Teilnehmern bestehenden Streitigkeiten nur teilweise zur Vollziehung kommt, indem ein bestimmter Teil des Nachlasses, der je nach dem Ausgange des Streites dem einen oder dem anderen Teilnehmer zufällt, von der Vollziehung zurückbehalten wird. Es kommt hierfür darauf an, ob durch eine solche Teilung den Interessen der Teilnehmer Eintrag geschieht.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2376. Schon vor der endgültigen Teilung können einzelne Nachlaßgegenstände einem Miterben zugeteilt werden. Der Bestimmung, wieviel der einzelne Miterbe auf sein Anteil zu erhalten habe, wird durch eine solche Zuteilung nicht vorgegriffen. Die Zuteilung hat im wesentlichen nur die Bedeutung, daß der Empfänger, vorausgesetzt, daß ihm der Nachlaßgegenstand wirklich übereignet worden ist, die Gefahr der ihm zugeteilten Sache zu tragen hat.

3. ZBlFG. **11** 162 (Dresden). Der Verkauf eines Nachlaßgrundstücks an einen Miterben enthält keine teilweise Erbauseinandersetzung.

4. ElsLothJZ. **10** 417 (Colmar). Miterben können aus dem Gesamtgut einen Teil ausscheiden und auseinandersetzen. Auf einen solchen Teil finden die §§ 2032 ff. keine Anwendung. Ohne eine solche Auseinandersetzung kann ein Miterbe nur auf Leistung an alle Miterben klagen (§ 2039), nicht aber den seinem Erbteil entsprechenden Teil eines Nachlaßgegenstandes verlangen. Dies gilt auch, wenn eine Nachlaßforderung gegen einen Miterben geltend gemacht werden soll.

5. OLG. 21 317 (Colmar). Verabreden die Beteiligten eine Teilung nur in beschränktem Umfange, so wirkt die demgemäß erklärte Auflassung auch nur in diesem Umfang und überträgt auch nur insoweit das Allein- oder Miteigentum.

III. Subjektiv und objektiv beschränkte Teilung.

1. ElsLothJZ. **10** 37, ElsLothNotZ. **10** 26 (Colmar). Zurückzuweisen ist die Ansicht, daß eine subjektiv oder objektiv beschränkte Teilung gesetzlich unzulässig sei. Die Zulässigkeit der subjektiv beschränkten Teilung ist in ElsLothJZ. **30** 301, OLG. **4** 119, **12** 92 und auch sonst allgemein anerkannt, aber auch die Möglichkeit und Zulässigkeit einer objektiv beschränkten Teilung ergibt sich aus den §§ 2040, 2046 Abs. 1 Satz 2, 2047 BGB.

2. a) ZBlFG. **11** 283 (LG. Karlsruhe). Eine Erbengemeinschaft kann sowohl dann, wenn ein Miterbe ausscheidet, als auch dann, wenn einzelne Nachlaßgegenstände von der Auseinandersetzung ausgeschlossen sind, bei Bestande bleiben. **b)** Vgl. dazu die Bemerkungen von *Ertel, BadNotZ. **10** 175, der die Bedenken des GBA. teilt, wenn einer Erbengemeinschaft, die nicht alle im Erbschein aufgeführten Personen umfaßt, eingetragen werden soll, und der Ansicht ist, daß, wenn ein Nachlaßgegenstand an einzelne Erben zusammen übereignet werde, das hierdurch entstehende Gemeinschaftsverhältnis ein solches nach §§ 741 ff., 1008 ff. BGB. sei.

IV. Reinhard, R. **10** 361. Die Teilungsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks kann von jedem Miterben beantragt werden (§ 180 ZVG.), nicht nur auf gemeinschaftlichen Antrag sämtlicher Miterben [SeuffA. **64** 250 (Celle)] und nicht nur, wenn lediglich in Ansehung des Grundstücks noch eine Gemeinschaft besteht [OLG. **18** 330 (Cöln)]. Sollte ein Miterbe die Zulässigkeit der Zwangsversteigerung (z. B. auf Grund der §§ 2043 bis 2045) bestreiten, so muß er die Unzulässigkeit im Wege der Einwendung (ZPO. § 766) oder der Widerspruchsklage (ZPO. § 771) geltend machen, wenn sie sich nicht aus dem Grundbuch ergibt und deshalb nach § 28 ZVG. von Amtswegen zu beachten ist.

§ 2046. RG. SchlHolstAnz. **10** 173, WarnE. **3** 149, R. **10** Nr. 1597. Ein Miterbe, der (z. B. vermöge erfolgreicher Anfechtung) etwas zum Nachlasse zurückzugewähren hat, kann nicht verlangen, daß die von ihm geschuldete Rückgewähr von der Berichtigung seiner Ansprüche aus der Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten abhängig gemacht werde. Denn die Rückgewähr wird gerade zum Zwecke der Auseinandersetzung der Miterben gefordert. Voraussetzung für diese bildet aber nach den §§ 2046 ff. die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und die Erstattung von Auslagen, die einzelne Miterben zu diesem Zwecke gemacht haben. Dazu muß aber nötigenfalls der Nachlaß gemäß § 2046 Abs. 3 in Geld umgesetzt werden. Gerade die Befriedigung einzelner Miterben wegen solcher Ansprüche auf Erstattung von Auslagen für die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten verlangt demnach die vorgängige Herausgabe der zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke. Der Sicherung des zur Herausgabe verpflichteten Miterben wegen Berichtigung seiner Forderungen dient § 2038 BGB.

§ 2050. I. Ausstattung. 1. ElsLothJZ. **10** 541 (Colmar). In der Gewährung einer Wohnung mit Zubehör kann eine die bare Mitgift von Geld ganz oder teilweise ersetzende Ausstattung erblickt werden. Der Umstand, daß diese Leistung eine fortdauernde ist, entkleidet sie nicht des Charakters der Ausstattung, da eine solche auch während des Bestehens der Ehe „zur Erhaltung der Wirtschaft" gemäß § 1624 gegeben werden kann. Der Nutzungswert einer solchen Zuwendung bestimmt sich nach der Zeit, zu der sie erfolgt ist.

2. Vgl. auch Ziff. 3a zu § 1624 BGB.

II. Zuschuß. **RG.** BayRpflZ. **10** 284, WarnE. **3** 302, R. **10** Nr. 2578, 2580. Bei den in Abs. 2 genannten Einkünften kann es sich, wie schon der Gebrauch der Pluralform andeutet, nur um solche Einnahmen handeln, die

wiederkehrend auf gewisse Dauer und mit einer gewissen Regelmäßigkeit bezogen werden. Dies ist nicht der Fall bei einem einmaligen, zu einem ganz bestimmten Verbrauchszwecke (z. B. einer Badereise) zu verwendenden und aufgezehrten Zuschuß; er ist auf Grund des § 2050 Abs. 2 nicht als ausgleichungspflichtig zu behandeln. — Die als Entgelt für einen Erbverzicht gewährte Abfindung ist niemals eine Zuwendung im Sinne des § 2050 oder 2315 BGB., denn es wäre widersinnig, den Empfänger auf einen Erbteil oder Pflichtteil ausgleichungspflichtig machen zu wollen, der ihm vermöge des Erbverzichts gerade entzogen sein soll.

III. Andere Zuwendungen. 1. **RG.** PosMSchr. **10** 74, WarnE. **3** 255, R. **10** Nr. 2577, 2579. Wenn auch regelmäßig die zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen unentgeltliche sein werden, so kann doch auch eine solche in der Form eines Darlehens oder eines sonstigen lästigen Vertrags gewährt werden, z. B. zur Tilgung von Schulden mit der Bestimmung, daß, wenn der Schuldbetrag bis zum Tode des Erblassers nicht zurückgezahlt sei, bei der Auseinandersetzung die Zuwendung zur Ausgleichung gebracht werden solle. — (Abs. 3.) Die Anordnung, daß eine Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen sei, braucht keine ausdrückliche zu sein, es genügt, daß dieser Wille sich aus den Umständen ergibt.

2. **RG.** BayRpflZ. **10** 384, R. **10** Nr. 3018. Hat der Erblasser den Abkömmling zur Rückerstattung der ihm gemachten Leistung verpflichtet, so handelt es sich nur um eine gewöhnliche Schuldverbindlichkeit an dem Nachlaß, auf die die besonderen, für die Ausgleichung gegebenen Vorschriften (§§ 2055, 2056) nicht anwendbar sind.

3. BayObLG. **11** 211, R. **10** Nr. 1394 (BayObLG.). Hat der Vater in Schenkungsabsicht eine Schuld seines in pfälzischer Gütergemeinschaft lebenden Sohnes bezahlt, so handelt es sich bei dem im Testamente des Vaters vorgenommenen Abzug dieser Auslage nicht um Einwerfung einer Schuld, sondern um Ausgleichung im Sinne des § 2050.

IV. Anordnungen des Erblassers nach der Zuwendung. OLG. **21** 318 (KG. III. ZS.). Nach der Zuwendung kann der Erblasser durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden weder die gesetzliche Ausgleichung ausschließen noch eine gesetzlich nicht bestehende Ausgleichungspflicht begründen, hierzu bedarf es vielmehr einer letztwilligen Verfügung (**RG. 67** 306, JW. **09** 393). Das gleiche gilt für die Aufhebung der bei einer Zuwendung getroffenen besonderen Bestimmungen, die auf die Ausschließung einer gesetzlichen Ausgleichungspflicht gerichtet sind oder eine gesetzlich nicht bestehende Ausgleichungspflicht begründen sollen.

V. Feststellungsklage. OLG. **21** 318 (Posen). Zulässig ist eine Feststellungsklage eines im Alleinbesitze des Nachlasses befindlichen Erben gegen seinen Miterben, daß dieser wegen seines gesetzlichen Erbrechts durch die vom Erblasser empfangene Ausstattung befriedigt sei. § 2050 gibt einen Rechtssatz, der überhaupt nicht mit der Leistungsklage verwirklicht werden kann, da das geltende Recht nur die ideelle Kollation kennt, die als solche nicht mit der Realzwangsvollstreckung erzwungen werden kann.

§ 2051. **RG.** BayRpflZ. **10** 384, R. **10** Nr. 3197. Sind die Abkömmlinge eines ausgleichungspflichtigen gesetzlichen Erben durch Testament zu Erben eingesetzt, so sind sie zur Ausgleichung nur verpflichtet, wenn ihnen eine dahingehende Verpflichtung im Testament auferlegt ist.

§ 2057. **RG. 73** 372, JW. **10** 708, R. **10** Nr. 2377, 2378, 2379. Der Anspruch auf eine Auskunft nach § 2057 ist wörtlich genommen nur jedem Erben beigelegt, allein zu einer erweiternden Gesetzesauslegung und zu einer

Erstreckung der Vorschriften des § 2057 auf den Fall, daß der Pflichtteil einem nicht erbenden Abkömmlinge von einem anderen Abkömmlinge geschuldet wird, führt die durch § 2316 Abs. 1 BGB. vorgeschriebene Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Bestimmung des Pflichtteils. Die Offenbarungspflicht ist jedoch nicht auf alle Zuwendungen, die der auskunftspflichtige Erbe bei Lebzeiten des Erblassers von diesem empfangen hat, auszudehnen, sondern ist auf die im § 2050 BGB. scharf und unzweideutig gekennzeichneten Fälle elterlicher oder voreltertlicher Zuwendungen (§ 2053) eingeschränkt.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§§ 2058, 2059. OLG. **21** 322 (Stettin). Aus §§ 2058, 2059 ist zu entnehmen, daß es einem Nachlaßgläubiger bei noch ungeteiltem Nachlasse freisteht, einen der Miterben als Gesamtschuldner seine Forderung in der Weise zu belangen, daß er die Berichtigung der Forderung aus dessen Nachlaßanteile fordert. Voraussetzung einer dahin gehenden Vollstreckung ist allerdings, daß der Nachlaß zusammengebracht ist, insbesondere die Forderungen des Nachlasses eingezogen sind; bestehen solche gegen den vollstreckenden Gläubiger selbst, so kann er schließlich nicht zum Ziele kommen, ohne seine eigenen Schulden an den Nachlaß vorher zu berichtigen. Andererseits kann der verklagte Miterbe um deswillen, weil ihm eine Widerklage gegen den Kläger auf Zahlung von dessen Schuld zum Nachlasse zusteht, die Erfüllung seines Anspruchs nicht überhaupt oder zeitweilig verweigern. Die Möglichkeit einer bloßen Aufrechnung oder Zurückbehaltung fehlt.

Dritter Abschnitt. Testament.

Literatur: Eichhorn, Das Testament. Hand- und Musterbuch für Verfügungen von Todeswegen nach dem BGB. (5) herausgegeben von Goldmann. Berlin 1910.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist nur über gerichtliche Entscheidungen zu berichten, von denen namentlich die über die Auslegung (zu § 2084) und Anfechtung letztwilliger Verfügungen (zu §§ 2078, 2079) hervorzuheben sind.

§ 2065. 1. SächsOLG. **31** 181, R. **10** Nr. 3958 (Dresden). Ungültig ist eine Bestimmung dahin gehend, daß die als Vorerbin eingesetzte Frau des Erblassers bestimmen könne, daß ein Kind seiner Rechte als Nacherbe verlustig gehen und vom Nacherbanteile nur den Pflichtteil erhalten solle.

2. Vgl. auch Ziff. II zu § 2100 BGB. und **RG.** zu § 2156.

§ 2067. **RG.** JW. **10** 246, HansGZ. **10** Beibl. 157, R. **10** Nr. 1113. Hat ein Erblasser, seine nächsten Intestaterben zu Erben eingesetzt, so sind, wenn inzwischen die Gesetzgebung sich verändert hat, die Erben im Zweifel nach dem Rechte derjenigen Zeit zu bestimmen, deren Verhältnisse nach der Anordnung des Erblassers überhaupt maßgebend sein sollen (Habicht [3] 746 ff.).

§ 2069. 1. a) R. **10** Nr. 2380 (KG.). Die Annahme einer stillschweigenden Ersatzberufung der Abkömmlinge des Bedachten — eines Seitenverwandten des Erblassers — kann gerechtfertigt sein, wenn der Erblasser seine sämtlichen lebenden Geschwister sowie die Abkömmlinge der zur Zeit der Testamentserrichtung schon verstorbenen Geschwister als Erben eingesetzt und zugleich die Teilung des Nachlasses unter sie nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge angeordnet hat. Ist er dagegen in

einem einzelnen wesentlichen Punkte vor der gesetzlichen Erbfolgeordnung abgewichen, so beweist dies, daß er es nicht bei dem Gesetze bewenden lassen wollte, und entbehrt daher in Ermangelung anderer besonderer Umstände auch die Annahme einer stillschweigenden Ersatzberufung der Abkömmlinge eines bedachten Seitenverwandten einer ausreichenden Grundlage. Ferner genügt zu dieser Annahme nicht die Feststellung, der Erblasser würde, wenn er an die Möglichkeit des Wegfalls eines der eingesetzten Erben gedacht hätte, eine Ersatzberufung der Abkömmlinge vorgenommen haben. Vielmehr kann nur ein solcher Wille berücksichtigt werden, der bei dem Erblasser tatsächlich vorhanden gewesen und in ausreichender Weise erklärt worden ist. b) KGJ. **39** A 61, OLG. **21** 319 (KG.) bleibt bei diesen Grundsätzen stehen, indem es für die Annahme einer stillschweigenden Ersatzberufung der Abkömmlinge eines bedachten Seitenverwandten das Vorhandensein besonderer tatsächlicher Anhaltspunkte fordert.

2. SächsOLG. **31** 91, R. **10** Nr. 3959 (Dresden). Die Kinder einer zur Erbin eingesetzten, vor dem Erbfalle verstorbenen Pflegetochter der Erblasserin können als bedacht gelten, wenn die Erblasserin nach dem Tode der Pflegetochter bestimmt hat, daß ihr Testament in Kraft bleiben solle.

§ 2073. SeuffA. **65** 200, R. **10** Nr. 1989 (Dresden). Es genügt die Bezeichnung des Bedachten mit dem Familiennamen und einem von mehreren Vornamen (dem Rufnamen).

§ 2078. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. 8 Ziff. 1 zu § 2078 — auch NaumbAK. **10** 33.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1270. Wenn im § 2078 Abs. 2 von irriger Erwartung des Eintritts eines Umstandes die Rede ist, so ist an Umstände zu denken, die unabhängig von dem Willen des Erblassers eintreten, nicht aber an Umstände, die, wie eine Testamentsänderung, in sein Belieben gestellt sind.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1395. Daß der Wille des Erblassers durch unablässige Vorstellungen, durch fortgesetztes aufdringliches Bitten und durch Erregung von Mißstimmung gegen andere als Erben in Betracht kommende Personen beeinflußt worden ist, genügt nicht zur Anfechtung, da dadurch die freie Willensbestimmung des Erblassers nicht ausgeschlossen worden ist.

§§ 2078, 2079. 1. KGJ. **38** A 118, DJZ. **10** 428 (KG.). Ein Pflichtteilsberechtigter ist nicht „übergangen" (im Sinne des § 2079), wenn er mit einem Vermächtnisse bedacht ist. Daß die Zuwendung nicht in Beziehung auf das Pflichtteilsverhältnis oder nur bedingt gemacht ist, ist bedeutungslos (**RG. 50** 238, aM. Planck [3] Anm. 2a zu § 2079). Unterliegt daher auch eine entsprechende Verfügung nicht der Anfechtung aus § 2079, so wird doch eine Anfechtung aus § 2078, wenn dessen Voraussetzungen zutreffen, nicht ausgeschlossen. Die Annahme, daß der Erblasser bei Kenntnis der wahren Sachlage ebenso verfügt hätte, schließt eine solche Anfechtung nicht aus, es ist vielmehr allein wesentlich, ob die Verfügung auf einem vom Gesetz als erheblich bezeichneten Willensmangel beruht (**RG. 59** 33, 40). Dies kann zutreffen, wenn zwei ledige Personen in der Erwartung, sie würden ledigen Standes versterben, sich in einem Erbvertrage gegenseitig zu alleinigen Erben berufen haben und nachträglich einer von ihnen sich verheiratet.

2. BreslauAK. **09** 71 (Breslau). Ist infolge wirksam erklärter Anfechtung ein Testament gemäß § 142 Abs. 1 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen, so ist eine Beseitigung dieser Nichtigkeit mit dinglicher Wirkung gegen Dritte, etwa durch Zurücknahme der Anfechtung, ausgeschlossen. Von einer Bestätigung durch erneute Vornahme (§ 141 BGB.) kann schon deshalb keine

Rede sein, weil der Anfechtende und der Anfechtungsgegner das Testament nicht errichtet haben. In Frage kann nur kommen, ob nicht der mit Zustimmung sämtlicher Beteiligten erfolgten Zurücknahme der Anfechtung die beschränkte Wirkung beizumessen ist, daß die Wirkung der Anfechtung unter den Parteien damit wieder aufgehoben ist. Hierzu bedarf es zum mindesten einer unzweideutigen Erklärung der Beteiligten, daß sie mit der Rücknahme der Anfechtung einverstanden seien und das Testament unter sich als gültig gelten lassen wollten.

3. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1931 BGB.

§ 2083. OLG. **21** 308, HansGZ. **10** Beibl. 185 (Hamburg). Der Nachlaßpfleger (oder Nachlaßverwalter) ist zur Verweigerung der Erfüllung (z. B. eines Vermächtnisses) erst dann befugt, wenn von dem dazu Berechtigten die Anfechtung persönlich erklärt war, da der Nachlaßpfleger als solcher (desgleichen der Nachlaßkonkursverwalter) zur Anfechtung nicht befugt ist, zur Anwendbarkeit des § 2083 aber gehört, daß die anfechtbare Leistung, abgesehen von der Verspätung, in rechtsgültiger Weise angefochten ist, was unter gewöhnlichen Umständen durch den Beschwerten noch mit der Verweigerung der Erfüllung geschehen kann.

§ 2084. I. Grundsätzliches. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** Ziff. 1 zu § 2084 — (Unmaßgeblichkeit der Willensmeinung der Urkundsperson) auch SeuffA. **65** 158, BayRpflZ. **10** 78.

2. a) ElsLothJZ. **10** 273 (Colmar). Bei Auslegung einer Verfügung von Todes wegen ist der in ihr ausgesprochene Wille des Erblassers zu ermitteln. Dabei können auch solche Erklärungen verwertet werden, die der Erblasser erst nachträglich abgegeben hat, wenn sie einen Schluß auf die für ihn bei der Errichtung der Verfügung bestimmend gewesenen Absichten zulassen. **b)** KGJ. **39** A 61, OLG. **21** 319 (KG.). Ein Wille, der bei dem Erblasser in Ermangelung einer entsprechenden Vorstellung nicht wirklich vorhanden gewesen und daher in dem Testament auch nicht andeutungsweise zum Ausdrucke gelangt ist, kann nicht durch Auslegung der Testamentsurkunde zur Geltung gebracht werden. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß Verfügungen von Todes wegen im Anschluß an das gesetzliche Erbrecht auszulegen seien, ist dem BGB. fremd.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3532. Zur Auslegung einer mehrdeutigen letztwilligen Verfügung kann auch die Zeugenaussage desjenigen herangezogen werden, der sie auf Veranlassung des Erblassers verfaßt hat. Die so gewonnene Auslegung darf aber nicht dem Wortsinne der Verfügung widersprechen.

II. Einzelne Fälle. 1. **RG.** R. **10** Nr. 832, WarnE. **3** 136. Eine Auslegungsregel des gem. Rechtes oder des BGB. ist nicht verletzt, wenn die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments, daß Verwaltung und Nutznießung des Überlebenden bei seiner Wiederverehelichung aufhören sollen, auch auf den Fall bezogen wird, daß die neue Ehe anfechtbar und mit Erfolg angefochten sei, denn die Lockerung des Familienbandes, die der Erblasser im Auge gehabt hat, liegt auch in diesem Falle vor.

2. R. **10** Nr. 1598 (BayObLG.). Aus dem gelegentlichen Gebrauche des Wortes „Eigentum" in einem Nachtrage zu einer letztwilligen Verfügung kann nicht gefolgert werden, daß der in der Hauptverfügung zugewendete Nutzgenuß in Eigentum umgewandelt werden sollte.

3 SchlHolstAnz. **10** 305, SeuffA. **66** 144 (Kiel). Hat ein Erblasser bestimmt, daß der Erbteil seiner Tochter unter Verwaltung bleiben und der Tochter nur der Zinsgenuß ihres Erbteils zustehen solle, wenn beim Anfall ihres Erbteils ihr Ehemann noch lebe, daß aber diese Beschränkungen wegfallen sollen, sobald ihr

Ehemann gestorben sein würde, so kann im Sinne des Erblassers das Testament dahin ausgelegt werden, daß dem Tode des Ehemanns die rechtskräftige Scheidung der Ehe gleichstehen solle, da die Testamentsbestimmung nur die Verwaltung und Nutznießung des Erbteils durch den Ehemann verhindern sollte und die Scheidung in der Hauptsache die rechtlichen Wirkungen der Eheschließung beseitigt.

4. **RG.** JW. **11** 115, WarnE. **4** 96. Die Bedenken, ob eine letztwillige Zuwendung an eine erlaubte Privatgesellschaft des alten Rechtes sich in der Bedeutung einer Zuwendung an ihre Mitglieder gemäß § 519 I. 12 PrALR. aufrechterhalten lasse, bestehen jedenfalls dann nicht, wenn nach Inhalt eines vermachten Rechtes nicht dessen Übertragung an die Gesellschaft in Frage kommt, sondern die Ausübung des vermachten Nutzungsrechts darin besteht, daß die den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Räume für den Gesellschaftszweck verwendet werden. Entsprechend könnte auch nach dem Rechte des BGB. eine letztwillige Zuwendung an einen nicht rechtsfähigen Verein als Zuwendung an dessen Mitglieder gemäß § 2084 BGB. für rechtsgültig gehalten werden.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. I. Dispositivvorschrift des Abs. 1. KGJ. **38 A** 69 (KG.). Die Vorschrift des § 2087 Abs. 1 ist, wie der Gegensatz zu Abs. 2 ergibt, keine bloße Auslegungsregel, aber auch nicht zwingendes Recht, es handelt sich vielmehr — und so ist auch KGJ. **35 A** 78 zu verstehen — um eine Dispositivvorschrift, die nicht nur (wie eine Auslegungsregel) im Zweifel, sondern stets dann Anwendung findet, wenn nicht eine abweichende rechtsgeschäftliche Bestimmung getroffen ist.

II. Auslegungsregel des Abs. 2. a) BayObLG. **11** 172, R. **10** Nr. 1396, DJZ. **11** 478 (BayObLG.). Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 greift nur dann nicht Platz, wenn trotz dem äußeren Anschein, es seien einzelne Gegenstände zugewandt, aus dem ganzen Inhalte der letztwilligen Verfügung der Wille des Erblassers, den Bedachten als Erben einzusetzen, erhellt, z. B. wenn das ganze Vermögen im wesentlichen aus einem einzigen größeren Gegenstande, z. B. einem Bauernhofe, besteht und dieser einzelne Gegenstand zugewendet wird oder wenn von mehreren Bedachten der eine das bewegliche, der andere das unbewegliche Vermögen erhalten soll. **b)** OLG. **21** 323 (KG.). Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 greift nicht Platz, wenn die Verfügung über die vermachten, den Hauptstock des Vermögens der Erblasserin bildenden Gegenstände im Sinne der Erblasserin eine Verfügung über ihr ganzes Vermögen darstellt. **c)** DNotV. **11** 35 (Braunschweig). Erschöpft der Grundbesitz das Vermögen eines Erblassers im wesentlichen, so ist die letztwillige Zuwendung des Grundbesitzes regelmäßig als Erbeinsetzung aufzufassen.

III. Erbeinsetzung, beschränkt durch Nutzungsrechte Dritter. **RG.** JW. **10** 161 (mit Bezug auf das frühere preußische Recht). Erbe ist derjenige, der als Nachfolger in den gesamten Nachlaß des Erblassers oder in einen aliquoten Teil des Nachlasses berufen ist (§ 4 I. 12 ALR.). Begriffsmäßig ist danach Voraussetzung der Erbberechtigung lediglich, daß das Recht seiner Bestimmung nach auf die Herrschaft über die Gesamtheit oder einen Anteil des Nachlasses gerichtet ist. Keineswegs ist die Erbeigenschaft dadurch bedingt, daß der Nachfolger auch in seiner Verfügungsmacht über Substanz und Nutzungen des Nachlasses unbeschränkt ist. Unbeschadet des Erbrechts können vielmehr daneben Dritten Nutzungs-

oder andere Rechte am Nachlaß eingeräumt sein. Selbst wenn solche Rechte das Erbrecht in seiner faktischen Betätigung in dem Maße zurückdrängen, daß der Dritte allein bei Lebzeiten des Erben die Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß ausübt, bleibt grundsätzlich die Erbenstellung, gleich der Stellung des Eigentümers, gewahrt und das Erbrecht behält die Kraft, beim Wegfalle der Gegenrechte zur uneingeschränkten Macht heranzuwachsen.

IV. Erbeinsetzung oder Vermächtnis? 1. RheinZ. **2** 394 (Colmar). Auf die Einsetzung der Ehefrau als Alleinerbin weist die Ausdrucksweise „Schenkung des stärksten verfügbaren Anteils" nicht hin, sondern sie schließt sich an die zur Zeit der Errichtung der Verfügung herrschende Rechtssprache an und hat das nach Art. 1094 code civil zulässige maximum de la portion disponible im Auge.

2. a) SächsOLG. **31** 163, SeuffA. **65** 200, R. **10** Nr. 1990 (Dresden). Über die Frage, ob ein im Testamente Bedachter Erbe oder Vermächtnisnehmer sei, entscheidet nicht der Wortlaut der Verfügung des Erblassers, sondern die Art der Zuwendung. Hat der Erblasser jemandem nicht sein — ganzes — Vermögen oder einen Bruchteil davon zugewendet, sondern nur einen einzelnen Gegenstand und so insbes. eine Geldsumme, so ist der Bedachte, auch wenn er als Erbe bezeichnet wird, bloßer Vermächtnisnehmer, es müßten denn besondere Umstände vorliegen, aus denen sich etwas anderes ergibt. b) Vgl. hierzu die Bemerkungen von du Chesne, KGBl. **10** 46, der nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Tatbestande (— der Erblasser hatte neben vier Enkeln einen Sohn zum Erben eingesetzt und im Anschluß an die Erbeinsetzung weiter bestimmt, daß dieser wegen seines Erbteils durch das bei Lebzeiten des Erblassers darauf Empfangene (12 000 M.) für abgefunden erklärt werde und daß er deshalb nur noch ein Legat von 1200 M. erhalten solle —) annimmt, der Erblasser habe das Erbrecht des Sohnes anerkennen, zugleich aber darauf hinweisen wollen, daß die sich daraus ergebenden rein vermögensrechtlichen, in Gelde darstellbaren Ansprüche bereits befriedigt seien. c) Dagegen *Busse, KGBl. **10** 69 ff. Die Einsetzung einer Person als Miterben mit der Erklärung, daß sie aber schon durch Zuwendung einer Summe bei Lebzeiten des Erblassers von ihm abgefunden sei, begründet nicht ihre Erbeneigenschaft, da ihr nichts aus dem Nachlasse zugewendet wird. Selbst wenn man die bei Lebzeiten zugewendete Summe als zum Nachlasse gehörend ansehen könnte, würde sie als Zuwendung eines einzelnen Vermögensgegenstandes schon nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 aaO. nicht die Erbeneigenschaft begründen. Eine solche Zugehörigkeit läßt sich aber auch unter keinem Gesichtspunkte begründen. Es handelt sich um einen Vermögensgegenstand, der bereits zu Lebzeiten des Erblassers endgültig aus seinem Vermögen ausgeschieden ist, und eine bloße Teilungsanordnung liegt daher nicht vor, da sie Bestimmungen über die Teilung des Nachlasses voraussetzen würde. Das Erbrecht selbst aber ist kein selbständiges Vermögensrecht, sondern empfängt Begründung und Inhalt umgekehrt gerade erst durch Zuwendung eines Nachlaßganzen, kann also nicht als solches zugewendet werden. Auch eine bloße Ausgleichungspflicht (§§ 2050 ff. aaO.) ist nicht angeordnet worden, da der Sohn für völlig abgefunden erklärt worden ist. ➼ Bei einer Ausgleichung würde er sinngemäß auf das Rechenresultat, das bei der Auseinandersetzung mit Rücksicht auf die Zuwendung bei Lebzeiten herauszurechnen wäre, vom Erblasser haben verwiesen werden müssen. Die Verweisung auf die ganz bestimmte Summe aber ist keine derartige Verweisung. Dem Betreffenden bleibt vielmehr nur der obligatorische Anspruch auf Ergänzung seines Pflichtteils, wenn sein Pflichtteilsrecht verletzt ist. ⟵

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Auch im laufenden Berichtsjahre hat die Rechtsprechung sich noch überaus häufig mit der für die Praxis wichtigen Frage, wieweit die Unentgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen werde, befaßt und auch insoweit (vgl. Ziff. III zu § 2136) nachgegeben, als sie auch bei einseitigen Verträgen dieselben Grundsätze für anwendbar erachtet. — Die Zulässigkeit auch einer bedingten Nacherbeinsetzung ist vom RG. (vgl. Ziff. II zu § 2100) anerkannt worden. Im übrigen hat die Rechtsprechung zu einzelnen Bestimmungen dieses Titels wertvollen Erläuterungsstoff beigesteuert.

§ 2100. I. Vorerbschaft oder Nießbrauchsvermächtnis? 1. KGJ. **38** A 124 (KG.). Hat der Erblasser seine Witwe und seine Kinder ohne nähere Bestimmung zu Erben eingesetzt, aber der Witwe in deren Interesse bis zu einem gewissen Zeitpunkte (z. B. ihrer Wiederverheiratung) den Nießbrauch und die Verwaltung des Nachlasses sowie die freie Verfügung über dessen Substanz unter Lebenden eingeräumt, so ist hierin weder die Anordnung einer Testamentsvollstreckung noch die Zuwendung eines Vermächtnisses, vielmehr die Ernennung der Witwe zur Vorerbin und der Kinder zu Nacherben zu finden. Die Begünstigung der Witwe ist in einem solchen Falle ausschließlich in ihrem eigenen Interesse erfolgt (KGJ. **30** A 92, **33** A 159) — daher keine Anordnung einer Testamentsvollstreckung, wie in dem KGJ. **32** A 87 behandelten Falle —, und die Gewährung der rechtlichen Möglichkeit, den Nachlaß zu verwalten und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen, enthält nicht die Bedenkung mit einem Vermögensvorteile oder die Begründung eines Forderungsrechts auf Duldung der Verwaltung und Verfügung (§ 2174), sondern die unmittelbare Zuweisung dieser Befugnisse — daher nicht die Zuwendung eines Vermächtnisses (§ 1939).

2. HessRspr. **11** 73 (LG. Darmstadt). Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn das Testament einer Ehefrau: „Ich vermache hiermit meinem Manne sämtliche Gegenstände, Haus und Äcker. Ist mein Mann in der Not, so kann er die Gegenstände, Haus und Äcker verkaufen", dahin ausgelegt wird, daß der Ehemann zum Vorerben, seine Kinder aber als Nacherben eingesetzt sind, der Ehemann aber für den Fall der Not befreiter Vorerbe, d. h. ermächtigt sein soll, ohne Zustimmung der Nacherben entgeltlich über Nachlaßgegenstände zu verfügen.

II. Bedingte Nacherbeinsetzung. **RG.** JW. **10** 820, BayRpflZ. **10** 407, WarnE. **3** 405, R. **10** Nr. 3019. Zulässig ist eine bedingte Nacherbeinsetzung in der Weise, daß zunächst der Sohn des Erblassers und nach seinem Tode, wenn er nicht anderweit über seinen Erbteil von Todes wegen verfügt hätte, seine gesetzlichen Erben zu Erben eingesetzt worden sind. Dadurch ist dem Vorerben nicht im Sinne des § 2065 Abs. 1 die Bestimmung über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Nacherbeinsetzung übertragen, vielmehr hat der Erblasser mit der dem Vorerben erteilten Ermächtigung eine in sein Unterlassen gestellte Bedingung gesetzt, von deren Eintritt der Anfall der Erbschaft an die eingesetzten Nacherben abhängig sein sollte. Die Zulässigkeit solcher aufschiebend oder auflösend bedingter letztwilligen Verfügungen ergibt sich aus §§ 2074, 2075, wonach sogar einer in das Tun oder Unterlassen des Bedachten selbst gestellten Bedingung die Wirksamkeit nicht abgesprochen ist. Wenn es hiernach auch bis zum Tode des Vorerben im ungewissen bleibt, ob seine gesetzlichen Erben dereinst wirklich zur Nacherbfolge gelangen werden, so ist doch eine solche Ungewißheit bei bedingten letztwilligen Zuwendungen regelmäßig vorhanden.

III. Über die Frage der Pfändbarkeit des Nacherbrechts vgl. du Chesne, SeuffBl. **10** 235.

§ 2103. R. **10** Nr. 721 (Colmar). In der Anordnung, daß die Erbschaft zunächst einer Person „zur Nutznießung, nach ihrem Tode aber einem anderen zufallen soll," kann unter Umständen die Einsetzung der ersteren als Vorerben, des letzteren als Nacherben gefunden werden, sofern nur erhellt, daß nach dem Willen des Erblassers beide die Stellung von Gesamtnachfolgern haben sollten.

§ 2108. 1. Kretzschmar, R. **10** Nr. 440, stimmt LeipzZ. **09** 794 (Dresden) — JDR. 8 Ziff. 2a zu § 2108 (Zugehörigkeit des Rechtes auf den künftigen Anteil am Nachlasse zur Konkursmasse des Nacherben) — bei und begegnet dem Bedenken, daß der Konkursverwalter das Recht des Nacherben verschleudern könne, durch den Hinweis auf die Verantwortlichkeit des Konkursverwalters (§ 82 KO.).

2. OLG. **21** 354 (KG.). Das BGB. unterscheidet zwischen „Erbfall" und „Anfall der Erbschaft". Der „Erbfall" tritt unterschiedslos mit dem Tode des Erblassers ein (§ 1922 Abs. 1). Der „Anfall der Erbschaft" deckt sich für den Vorerben zeitlich mit dem Erbfalle (§§ 1942 Abs. 1, 1953 Abs. 2); für den Nacherben ist „Anfall der Erbschaft" gleichbedeutend mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge.

§ 2109. SächsOLG. **31** 178 (Dresden) behandelt einen Fall einer zweifachen Nacherbeinsetzung.

§ 2113. 1. *Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte 86 ff. Maßstab der relativen Unwirksamkeit ist die Ausdehnung des Nacherbenrechts, also des Rechtes, welches zur Zeit des Nacherbfalls bestehen sollte, wenn sich das Anwartschaftsrecht des Nacherben an dem zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Nachlaß ordnungsmäßig entwickelt haben würde. Dieses Recht ist ein absolutes, daher die Unwirksamkeit aus § 2113 BGB. von jedermann geltend zu machen (vgl. o. zu § 135 BGB.).

2. SeuffBl. **10** 784 (KG.). Die Erbauseinandersetzung, soweit sie ein zur Erbschaft gehörendes Grundstücksrecht betrifft, ist eine Verfügung über dieses im Sinne des § 2113 Abs. 1 jedenfalls dann, wenn das Recht einem anderen Erben als dem Vorerben überwiesen wird. Denn der Vorerbe gibt dadurch das ihm bisher kraft der Erbengemeinschaft zustehende Recht an diesem Grundstücksrecht auf. Dann wird aber auch durch eine solche Verfügung das Recht des Nacherben, das in einer Anwartschaft auf das Recht des Vorerben besteht, vereitelt, und es bedarf daher zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Nacherben.

3. SächsOLG. **30** 451 (Dresden). Zur Löschung einer Hypothek, mit der ein zur Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, auf Antrag des Vorerben ist die Zustimmung des Nacherben nicht erforderlich, wenn das Grundstück im übrigen lastenfrei ist.

4. **RG.** R. **10** Nr. 722, 723. Der Begriff der belohnenden Schenkung im Sinne des § 1169 I. 11 ALR., bei dem es vornehmlich auf den subjektiven inneren Beweggrund ankommt, deckt sich nicht mit dem einer im § 2113 Abs. 2 vorausgesetzten Schenkung, bei der das objektive noch dazu anders geartete Erfordernis der sittlichen Pflicht den alleinigen Maßstab bildet. Die Frage, ob durch eine umfangreiche Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen werde, läßt sich nicht anders klarstellen, als indem auf das Verhältnis der verschenkten Gegenstände zu dem in Betracht kommenden Gesamtvermögen und zu den Vermögensverhältnissen und Vorempfängen der anderen Erbbeteiligten näher eingegangen wird.

§ 2114. SächsRpflA. **10** 539 (Dresden). Gehört zur Erbschaft eine Hypothekenforderung, so umfaßt auch die Nacherbschaft diese Forderung in ihrer Gesamtheit, und dem Nacherben, auch wenn er nur zu einem Bruchteil als solcher eingesetzt ist, erwächst daher nach § 2114 ein Anspruch auf Hinterlegung des ganzen Hypothekenbetrags. Es findet nicht etwa nur an einem Bruchteil eines einzelnen Nachlaßgegenstandes eine Nacherbfolge statt (§ 2032). Nur insoweit der ganze Nacherbteil den Betrag der Hypothek nicht erreichte, könnte der Vorerbe dem Anspruche mit dem Einwande begegnen, das Erfordern der Hinterlegung eines höheren Betrags, als der Nacherbe überhaupt zu fordern habe, sei schikanös und es fehle hierfür das rechtliche Interesse (vgl. auch zu § 2128).

§ 2119. **RG. 73** 4, JW. **10** 188, R. **10** Nr. 927, 928, 929, 930. Bei Bestimmung der „Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" dürfen die jeweiligen Bedürfnisse, Neigungen oder wirtschaftlichen Gepflogenheiten des Vorerben nicht von entscheidender Bedeutung sein, vielmehr kommt es allein darauf an, welcher Art die Verwendung des Geldes nach allgemeinen wirtschaftlichen Anschauungen in dem Falle sein muß, daß es in die Hände eines mit dem Ererbten sorgsam verfahrenden Vorerben gerät. Den Maßstab bildet dabei im übrigen nur die Beschaffenheit des ganzen in das Eigentum des Vorerben übergehenden Nachlasses oder Nachlaßteils. Es kann daher die Beibehaltung eines größeren flüssigen Betriebskapitals sehr wohl zur zweckentsprechenden Fortführung eines ererbten Betriebs gehören. Die Befolgung des § 2119 kann der Nacherbe auch schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge verlangen. Dieses Recht darf nicht dadurch eingeschränkt werden, daß es überdies von der Erfüllung der Bedingungen des § 2128 abhängig gemacht wird. Die Vorschrift des § 2119 bedeutet eine Einschränkung der Rechtsstellung, die § 2131 dem Vorerben gegenüber dem Nacherben einräumt. Außerdem hat der Vorerbe die §§ 2114, 2116 bis 2118 zu befolgen.

§ 2121. 1. OLG. **21** 325 (KG. III. ZS.). Eine Auskunftspflicht, wie sie § 260 BGB. voraussetzt, ist dem Vorerben im § 2121 nicht auferlegt. Es besteht im Verhältnisse des Vorerben zum Nacherben bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge keine Pflicht zur Herausgabe eines Vermögensinbegriffs. Auch auf § 2028 kann der Anspruch nicht gestützt werden, da als „Erbe" bis zum Eintritte der Nacherbfolge nur der Vorerbe in Betracht kommen kann (OLG. **18** 344) und das Rechtsverhältnis des Nacherben zum Vorerben durch die Sondervorschriften der §§ 2112 ff. erschöpfend und ausschließlich geregelt ist. Der § 2127 endlich setzt voraus, daß während der Verwaltungstätigkeit des Vorerben Umstände eingetreten sind, die die Rechte des Nacherben als gefährdet erscheinen lassen, während ein nach § 2121 erteiltes Nachlaßverzeichnis, das sich begrifflich auf den Todeszeitpunkt bezieht, überhaupt nicht als eine Auskunftserteilung im Sinne des § 2127 aufgefaßt werden kann.

2. **RG.** JW. **10** 745. Nur der Nacherbe, nicht auch der Ersatzerbe hat das Recht, von dem Erben ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörigen Gegenstände zu verlangen.

§ 2128. SächsRpflA. **10** 539 (Dresden). In der Verletzung der durch die §§ 2114, 2119 begründeten Pflichten kann ein Verhalten gefunden werden, das die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet. Für die hiernach zu leistende Sicherheit ist der Nacherbe mit seinem ganzen Vermögen, nicht nur mit den Mitteln des Nachlasses haftbar.

§ 2136. I. OLG. **21** 324 (Marienwerder). Ist in einem gemeinschaftlichen Testamente dem überlebenden Ehegatten die freie Verfügung und Verwaltung über den Nachlaß eingeräumt, so ist dieser befreiter Vorerbe

geworden, und der Zusatz in dem Testamente, daß der Überlebende nicht berechtigt sein solle, das Vermögen zu verringern oder zu schmälern, wiederholt nur, was an sich aus §§ 2137 Abs. 2, 2113 Abs. 2 folgt, aber nicht einmal ausdrücklich im BGB. ausgesprochen ist, daß nämlich der Vorerbe das Vermögen nicht durch unentgeltliche Verfügungen beeinträchtigen dürfe.

II. SeuffBl. **10** 401 (KG.). § 2136 steht der Befugnis des Erblassers, dem alleinigen Vorerben zur Vertretung der Nacherben Vollmacht zu erteilen, nicht entgegen, da dadurch die Rechte der Nacherben nicht eingeschränkt werden, die Vollmacht vielmehr nur so lange besteht, als die Nacherben mit der Vertretung durch den Vorerben einverstanden sind und die Vollmacht nicht widerrufen. Voraussetzung der Wirksamkeit der Vollmacht ist jedoch, daß der Erblasser bei Lebzeiten sie dem Bevollmächtigten gegenüber erklärt hat (§ 130 Abs. 2 BGB.). Eine solche Erklärung liegt nicht vor, wenn sie lediglich in einer einseitigen Verfügung von Todes wegen enthalten ist, die erst nach dem Tode des Erblassers von der Eröffnung an rechtliche Wirkungen äußert (§ 1937) und deren Bekanntgabe vor dem Tode des Erblassers unzulässig ist (KGJ. **35 A** 103, 109). Der Erblasser kann hiernach in einer letztwilligen Verfügung keine Vollmacht gemäß § 167 BGB. erteilen.

III. Nachweis der Entgeltlichkeit.

Literatur: Güthe, DNotV. **11** 9, bespricht den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung in der Vorerbenfrage und teilt drei neuere Entscheidungen des KG. mit, in denen nach Lage der Sache, und zwar auch bei einseitigen Verträgen, eine einseitige Erklärung des Vorerben als ausreichendes Mittel des Nachweises der Entgeltlichkeit angesehen worden ist. — Vgl. auch SeuffBl. **11** 248.

1. a) KGJ. **38 A** 223, OLG. **21** 326, DJZ. **10** 540, R. **10** Nr. 1991, (KG.). Regelmäßig hat der Vorerbe zu beweisen, daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliegt. Ausnahmen gelten nur für die Fälle, in denen die Entgeltlichkeit der Verfügung bei dem Grundbuchamt offenkundig ist oder in denen die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird. Durch die Sachlage wird die Unentgeltlichkeit regelmäßig dann ausgeschlossen, wenn die Erklärungen des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen Geschäfts sind und die andere Vertragspartei ein unbeteiligter Dritter ist. **b**) Zustimmend Elf. LothNotZ. **10** 22 (Colmar), NaumburgAK. **10** 37, 61 (LG. Halle), BadRpr. **10** 89 (Karlsruhe), HessRspr. **11** 107 (Darmstadt).

2. a) DJZ. **11** 220 (KG.) hält diesen Grundsatz auch für anwendbar, wenn die für das Grundbuch bestimmte Bewilligung des Vorerben Bestandteil eines entgeltlichen Vertrags ist, nur wird bei einseitigen Verträgen besonders sorgfältig zu prüfen sein, ob nicht die Lage des Falles eine Ausnahme von jenem Grundsatze bedingt. **b**) OLG. **21** 327, PosMSchr. **10** 186 (KG.) hält es daher bei einer einseitigen Erklärung (z. B. einer Quittung) des Vorerben nicht für ausgeschlossen, daß trotz der Quittung die Löschungsbewilligung ein unentgeltliches Geschäft verdeckt. **c**) HessRspr. **11** 108, DNotV. **10** 913 (Darmstadt) hatte nach Lage des Falles Bedenken, daß die Unentgeltlichkeit klar zutage liege (die Beziehungen der Vertragsparteien zueinander waren unbekannt, auch war es auffallend, daß der Kaufpreis unverzinslich sein sollte). **d**) Vgl. dazu die Bemerkungen von Gärtner, DNotV. **10** 914.

3. SchlHolstAnz. **10** 225 (Kiel). Eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben liegt nicht schon dann vor, wenn keine Barzahlung erfolgt, sofern dafür wirtschaftliche Vorteile anderer Art (z. B. eine bessere Gestaltung der Wegeverhältnisse) gewährt werden.

4. DNotV. **10** 915, SeuffBl. **11** 251, DJZ. **11** 220 (KG.). Von einer „unentgeltlichen" Verfügung kann füglich keine Rede sein, wenn die als Vorerbin

eingesetzte Witwe eine Hypothek, die mehr als die Hälfte des Nachlasses ausmacht, an einen Dritten abtritt und damit sich und ihren zu Nacherben eingesetzten Kindern entzieht, außerdem aber der Notar bescheinigt, daß sie dafür eine Geldleistung empfangen habe.

5. HessRspr. **11** 5 (LG. Mainz). Der Zustimmung des Nacherben bedarf es nicht zu dem Verzichte des befreiten Vorerben auf eine künftige Eigentümerhypothek, da die Unterlassung eines Erwerbes keine Schenkung enthält.

6. du Chesne, R. **10** 433. Für die Entgeltlichkeit eines Geschäfts und damit für die unbeschränkte Verfügungsfähigkeit des Vorerben spricht wie für alle anderen die Verfügungs- und Geschäftsfähigkeit begründenden Tatsachen, z. B. geistige Gesundheit u. a. m., die Vermutung. Beweisbedürftig wird die Entgeltlichkeit und damit die unbeschränkte Verfügungsfähigkeit erst dadurch, daß das Grundbuchamt sie auf Grund ihm zuverlässig bekannter schlüssiger Tatsachen in Zweifel zieht.

7. HessRspr. **11** 108 (Darmstadt). Ist einmal mit Zustimmung und auf Antrag der Beteiligten das Nacherbenrecht in Abt. II des Grundbuchs eingetragen, so müssen diese die Eintragung gegen sich gelten lassen und können nicht deren Beseitigung im Wege der Beschwerdeführung verlangen, besonders wenn die Unrichtigkeit nicht nachgewiesen ist.

§ 2139. RG. R. **10** Nr. 2581, 2582 läßt es unentschieden, ob der Nacherbe die Erbschaft schon vor ihrem Anfalle rechtswirksam annehmen könne. Jedenfalls tritt durch eine solche Annahme in dem Verhältnisse zwischen dem Nacherben und dem Vorerben und einem etwaigen Testamentsvollstrecker keine Änderung ein. Der Testamentsvollstrecker ist bei einer angeordneten Nacherbschaft nicht Vertreter des Nacherben.

Vierter Titel. Vermächtnis.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist im laufenden Berichtsjahr über eine ungewöhnlich große Zahl gerichtlicher Entscheidungen zu berichten. Hervorzuheben sind die Grundsätze, die das RG. über die Frage, wie weit ein Vermächtnis gegen die guten Sitten verstoße (vgl. zu § 2171), aufgestellt hat.

§ 2147. RG. R. **10** Nr. 1599. Daß eine letztwillige Verfügung auf den Tod des Längstlebenden von zwei Ehegatten gestellt ist, schließt nicht aus, daß sie als materielle Abgeltung des Bedachten für die den beiden Ehegatten bereits geleisteten und noch zu leistenden Dienste gedacht ist.

§ 2156. RG. WarnE. **4** 49, PosMSchr. **10** 186, BayRpflZ. **11** 68, R. **11** Nr. 141. Hat der Erblasser in seinem Testamente seine Witwe nur ermächtigt, aus seinem hinterlassenen Vermögen einem Dritten kodizillarisch ein Vermächtnis zuzuwenden, und hat die Witwe von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, so ist eine solche Anordnung nach § 2064 BGB. unwirksam. Zwar durchbricht bei Vermächtnissen und Auflagen das Gesetz die Regel der §§ 2064, 2065 BGB. insofern, als es zum Zwecke der Bestimmung der Person des Bedachten (§§ 2151, 2152) oder des Gegenstandes der Zuwendung (§§ 2153—2156) die Mitwirkung des Beschwerten oder eines Dritten zuläßt. Allein die allgemeine Voraussetzung aller dieser Bestimmungen, insbes. auch des als verletzt gerügten § 2156 ist, daß der Erblasser überhaupt ein Vermächtnis errichtet hat, also von sich aus und aus seinem Vermögen einem anderen einen Vermögensvorteil zuwenden wollte und zugewendet hat, mag auch sein Vermächtniswille bezüglich der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung gewisse Unbestimmtheiten aufweisen.

§ **2169.** ElsLothJZ. **10** 598 (Colmar). Nicht ohne weiteres tritt im Falle der Veräußerung des vermachten Gegenstandes an dessen Stelle die Kaufpreisforderung oder eine dem gezahlten Kaufpreise gleichkommende Geldsumme. Andererseits kann es aber auch außerhalb der im § 2169 Abs. 3 aufgeführten Fälle dem Willen des Erblassers entsprechen, daß, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbanfalls sich nicht mehr in seinem Vermögen befindet, das, was er als wirtschaftlichen Ersatz dafür erlangt hat, dem Bedachten zukommt.

§ **2170.** **RG.** BadRpr. **10** 175. Vermacht ein Erblasser an einem nicht zu seinem freien Erbe gehörigen Hause in Kenntnis dieses Rechtsverhältnisses ein Wohnungsrecht, so ist anzunehmen, daß die Zuwendung auch für den Fall gelten solle, daß der Gegenstand des Vermächtnisses nicht zur freien Erbschaft gehöre. Bei der Frage, ob die Leistung des Vermächtnisses unmöglich sei, ist es unerheblich, ob der Erbe den Gegenstand des Vermächtnisses nicht zu verschaffen vermag, vielmehr hat er in einem solchen Falle gemäß § 2170 Abs. 2 BGB. den Wert zu entrichten.

§ **2171.** 1. a) **RG.** WarnE. **3** 388, R. **10** Nr. 4105. Die Frage, ob ein Vermächtnis gegen die guten Sitten verstoße, ist nach den für Rechtsgeschäfte maßgebenden allgemeinen Grundsätzen, insbes. nach § 138 BGB. zu beurteilen. Bei der Entscheidung der Frage ist nicht nur auf die Beweggründe des Handelnden und den Zweck des Geschäfts, sondern auch auf dessen Inhalt und die begleitenden Umstände Rücksicht zu nehmen. **b)** Ebenso **RG.** JW. **11** 29.

2. **a)** **RG.** BayRpflZ. **11** 21, R. **10** Nr. 4106. Wendet ein Erblasser der Mutter seiner unehelichen, wenn auch im Ehebruch erzeugten Kinder ein Vermächtnis zu, so kann darin an und für sich ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht erblickt werden. Eine solche Annahme wäre nur etwa dann gerechtfertigt, wenn durch das Vermächtnis die Witwe des Erblassers und seine ehelichen Kinder in Not versetzt oder in empörender Weise benachteiligt wären. **b)** **RG.** PosMSchr. **10** 179, WarnE. **4** 13. Hat der Erblasser, ein verheirateter Mann, mit der viel jüngeren Klägerin ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten, in dessen Verlaufe sie ihn fortgesetzt erheblich pekuniär in Anspruch genommen und noch kurz vor seinem Tode besonders energisch zu einer so großen Zuwendung, daß sie auf ihre alten Tage nicht zu darben brauche, zu drängen versucht hat, so ist ein daraufhin der Klägerin ausgesetztes Vermächtnis von 40 000 M. als gegen die guten Sitten verstoßend und daher gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig anzusehen, besonders wenn festgestellt ist, daß der Vermächtnisanordnung am Tage vorher die Beschränkung der Ehefrau auf den Pflichtteil vorangegangen ist.

§ **2173.** **RG.** R. **10** Nr. 331. Hat der Vermächtnisnehmer, bevor ihm die vermachte Forderung übertragen ist, auf sie dem Schuldner gegenüber verzichtet, so muß für gewöhnlich auch der Erbe (oder der Testamentsvollstrecker) diesen Verzicht gegen sich gelten lassen.

§ **2174.** 1. OLG. **21** 308, HansGZ. **10** Beibl. 185 (Hamburg). Ein Schulderlaßvermächtnis wirkt nicht unmittelbar in dem Sinne, daß mit dem Tode des Erblassers die Forderung erloschen sei, sondern der Vermächtnisnehmer erhält dadurch nur ein obligatorisches Recht gegen die Erben auf „Leistung des vermachten Gegenstandes", d. h. hier auf Unterlassung der Geltendmachung der Forderung, wenn nicht sogar auf deren förmlichen Erlaß. Vgl. auch zu § 1992 u. zu § 2083.

2. OLG. **21** 327 (Colmar). Der Anspruch auf „Leistung", der nach § 2174 begründet wird, schließt den Anspruch auf Übergabe in sich. Er

kann jedoch dadurch ausgeschlossen sein, daß die Sache entweder mit dinglichen Rechten, die zum Besitze der Sache berechtigen und deren Beseitigung nicht dem Beschwerten obliegt, belastet oder durch den Erblasser vermietet oder verpachtet worden ist.

3. Vgl. auch Ziff. I 1 zu § 2100 und Ziff. 1 zu § 2218 und zu § 2219 (Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers dem Vermächtnisnehmer gegenüber).

§ 2176. OLG. **21** 327 (KG. III. Zivils.). Mit der Entrichtung eines unbetagten Vermächtnisses kommt der Erbe nicht schon mit dem Tode des Erblassers, sondern erst auf eine an ihn gerichtete Mahnung in Verzug. § 284 BGB. kommt nicht in Betracht.

§ 2180. R. **10** Nr. 931, WürttZ. **10** 46 (Stuttgart). Die Ausschlagung des Vermächtnisses kann auch dem Testamentsvollstrecker gegenüber erklärt werden.

§ 2187. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** zu § 2187 — auch BayRpflZ. **10** 18.

§ 2191. **RG.** WarnE. **3** 161, R. **10** Nr. 1600, 1601. Auf ein Nachvermächtnis finden die Vorschriften über die Nacherbschaft, insbes. § 2128 nicht Anwendung, deshalb kann zur Sicherstellung eines Nachvermächtnisses die Hinterlegung von Wertpapieren nicht gefordert werden. Dahingestellt gelassen wird, ob und in welcher Form es dem Erblasser möglich ist, die Leistung des vermachten Gegenstandes an den Nachvermächtnisnehmer sicherzustellen.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2193. OLG. **21** 359 (KG.). Das Testament bestimmt, daß fünf namentlich bezeichnete Verwandte die Befugnis haben, sofort nach dem Ableben des zuletzt verstorbenen Ehegatten dessen Nachlaß in Verwahrung zu nehmen, zu inventarisieren und dann an die beiderseitigen Verwandten des Erblassers nach ihrem Ermessen an die Bedürftigsten der unbemittelten Verwandten zu verteilen. Die Vorinstanzen haben hierin eine Ernennung von Testamentsvollstreckern zur Verteilung des Nachlasses als Vermächtnis gefunden, das KG. nimmt an, daß die fünf Personen als Erben eingesetzt seien mit der Auflage, den gesamten Aktivnachlaß nach ihrem Ermessen unter die bedürftigen Verwandten zu verteilen.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Aus dem zu diesem Titel zusammengetragenen reichen Berichtsstoffe sind hervorzuheben die Entsch. des RG. (zu § 2206) über die Unzulässigkeit eines unerlaubten Zusammenwirkens des Erben mit dem Testamentsvollstrecker und (zu § 2216) über das Klagerecht der Erben auf Abstellung ordnungswidriger Verwaltungsmaßregeln, sowie zu §§ 2218, 2219 die Erörterungen über die Bedeutung und den Umfang der Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers.

§ 2197. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **8** zu § 2197 — (Unzulässigkeit der Bestellung des alleinigen Vorerben zum Testamentsvollstrecker) auch KGJ. **38** A 129, RheinNotZ. **55** 141.

2. Krause, DJZ. **10** 962, wendet sich gegen KGJ. **33** A 159, worin die Ernennung des alleinigen Vorerben zum Testamentsvollstrecker für unzulässig erklärt wird, mit folgendem Ergebnisse: Schließt man aus dem angeblich auftragsähnlichen Verhältnisse, welches gemäß §§ 2218 ff. BGB. zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker bestehen soll, daß dies Verhältnis eine Mehrheit von Personen voraussetzt, so ist auch (anders KGJ. **27** A 194) die Bestellung des Miterben unwirksam, denn dieses auftragsähnliche Ver-

hältnis besteht nicht bloß zwischen ihm und den Miterben, sondern auch zwischen ihm als Testamentsvollstrecker und ihm als Erben. Oder man spreche auch der Ernennung des Alleinerben die Wirksamkeit nicht ab.

§ 2202. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2846. Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem er durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte das Amt annimmt. Die Annahmeerklärung ist erst nach dem Eintritte des Erbfalls möglich, aber von der vorherigen Testamentseröffnung nicht abhängig.

2. **RG.** JW. **10** 802. Für die Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers genügt eine privatschriftliche Erklärung.

3. PosMSchr. **10** 74 (KG.) läßt es dahingestellt, ob ein in einem Testament als Vormund Benannter auch dann noch zu den Beteiligten im Sinne des § 2202 Abs. 3 zu rechnen sei, wenn er bereits als kraft Gesetzes (§ 1776 Abs. 1 Nr. 4) berufener Vormund schon bestellt, aber auf Grund des § 1886 BGB. wieder entlassen worden war.

§ 2203. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2582. Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter des Erben und bei einer angeordneten Nacherbschaft ebensowenig Vertreter des Nacherben. Vgl. o. zu § 2139.

2. **RG.** R. **10** Nr. 724. Der Erbe muß Aufwendungen des Testamentsvollstreckers gelten lassen, die dieser infolge einer irrigen Auslegung des Testaments gemacht hat, sofern er zu seiner unrichtigen Testamentsauslegung auch bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters kommen konnte.

3. Vgl. auch Ziff. 4 zu § 2368 BGB.

§ 2204. **RG.** JW. **10** 846, SächsRpflA. **10** 476. Der Testamentsvollstrecker ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Erblassers zur Bewirkung der Auseinandersetzung verpflichtet und kann auf Erfüllung dieser Verpflichtung von dem Erben verklagt werden.

§ 2205. SchlHolstAnz. **10** 136 (Kiel). Daraus, daß § 1804 den Vormund nur in bezug auf Schenkungen beschränkt, kann nicht gefolgert werden, daß der Begriff der „unentgeltlichen Verfügungen" im § 2205 eine enge Auslegung erfordere. Daß, wie für den Fall des § 32 KO. vom RG. angenommen (SeuffA. **45** 153 u. **48** 303), die Unentgeltlichkeit auf beiden Seiten vorliegen müsse, kann bei der hier erforderlichen Beantwortung der Frage, ob der Testamentsvollstrecker eine bestimmte Verfügung rechtsgültig überhaupt vornehmen könne, nicht in Betracht kommen, diese Frage läßt sich vielmehr allein vom Standpunkte des Testamentsvollstreckers aus beantworten.

§ 2206. **RG.** **74** 215, JW. **11** 48, R. **10** Nr. 4107, 4108, 4109. Der § 2206 Abs. 2 hat den Fall im Auge, daß es zweifelhaft ist, ob die Maßnahme des Testamentsvollstreckers noch seiner vom Erblasser verliehenen Verfügungsmacht entspricht. Um diese Zweifel zu beseitigen und den Testamentsvollstrecker gegen Ersatzansprüche des Erben sicherzustellen (§ 2219), ist die Zuziehung des Erben bei Eingehung der im § 2206 Abs. 2 erwähnten Verbindlichkeiten vorgesehen. Bei unentgeltlichen Verfügungen würde ein analoger Fall nur dann vorliegen, wenn es zweifelhaft wäre, ob die Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht (§ 2205 Satz 3). Besteht ein solcher Zweifel nicht, geht vielmehr die unentgeltliche Verfügung offenkundig über die dem Testamentsvollstrecker vom Gesetz und vom Erblasser gezogene Schranke hinaus, so kann sie auch durch die Einwilligung des Erben nicht gültig werden (KGJ. **33** A 164, 172). Ganz ausgeschlossen ist dies aber bei Verfügungen zum eigenen Nutzen des Testamentsvollstreckers, die sich

sogar als strafbare Untreue darstellen (GoltdA. 43 53). Sie können auch durch ein Zusammenwirken des Testamentsvollstreckers mit dem Erben keine Gültigkeit erlangen (**RG. 61** 143).

§ 2209. FrankfRundsch. **44** 13 (KG.). Falls die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers lediglich den der gesetzlichen Regel entsprechenden Umfang hat, kann, nachdem die Erbauseinandersetzung beendet und eine zum Nachlasse gehörige Hypothek in das Vermögen des einzelnen Erben übergeführt worden ist, die dem Testamentsvollstrecker als solchem zustehende Verfügungsbefugnis darüber hinaus nicht fortdauern. Deshalb ist in einem solchen Falle bei Umschreibung der Hypothek auf den Erben die Eintragung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht zulässig.

§ 2211. RG. 74 35 ff., JW. **10** 820. Zur Kündigung eines Mietverhältnisses nach § 569 BGB. ist nur der Testamentsvollstrecker, nicht der Erbe des Mieters befugt, da es sich um kein höchstpersönliches Recht des Erben, sondern um einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand im Sinne des § 2211 handelt. S. a. § 569 Ziff. 5.

§ 2213. 1. ElsLothJZ. **10** 513, OLG. **20** 354 (Colmar). Der die Pfändung eines Miterbenanteils aussprechende Beschluß kann rechtswirksam dem zum Testamentsvollstrecker Ernannten, wenn dieser durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte das Amt angenommen hat, zugestellt werden.

2. BadRpr. **10** 93 (LG. Mosbach). Es können nur solche Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden, welche mittelbar oder unmittelbar auf Befriedigung aus dem Nachlasse gerichtet sind, dagegen kann von ihm nicht die Mitwirkung zur Grundbuchberichtigung verlangt werden, wenn die dingliche Rechtsänderung kraft Gesetzes früher eingetreten ist. Zu solchen Rechtshandlungen, die den Nachlaß nicht berühren, ist berechtigt und verpflichtet nur der Erbe, der die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzt.

3. OLG. **21** 329 (KG. III. Zivils.). Hat nach märkischem Provinzialrechte die Witwe die statutarische Portion gewählt und ist daher insoweit die angeordnete Testamentsvollstreckung unwirksam geworden, so bleibt doch die Testamentsvollstreckung in Ansehung des verbleibenden Teiles des Nachlasses in Kraft. Das Amt des Vollstreckers kann genau so gut hinsichtlich des ganzen Nachlasses, wie eines aliquoten Teiles ausgeübt werden, insbes. erscheint es unbedenklich, bloß bezüglich eines einzelnen Erbteils eine Vollstreckung anzuordnen.

4. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2314.

§ 2215. OLG. **21** 330 (Marienwerder). Das im § 2215 vorgesehene Verzeichnis braucht nicht, wie im § 2001 Abs. 2 vorgeschrieben, eine eingehende Beschreibung der Gegenstände und die Wertangabe zu enthalten, ebenso ist die Pflicht auf die Angabe der Nachlaßgegenstände, soweit sie bekannt sind, beschränkt. Macht der Vollstrecker von dem Rechte des § 2215 Abs. 4 Gebrauch, so kann er nicht verantwortlich dafür gemacht werden, wenn das von der Behörde aufgestellte Verzeichnis nicht so sachgemäß und vollständig ausfällt, als es nach Lage der Sache möglich und wünschenswert erscheint.

§ 2216. 1. **RG. 73** 26, JW. **10** 290, R. **10** Nr. 1114. Der Erbe und bei einer Mehrheit von Erben jeder einzelne von ihnen hat das Recht, von dem Testamentsvollstrecker die Einhaltung der Grenzen seiner Verwaltungsbefugnis zu verlangen. Überschreitet der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse, so stellt dies einen unberechtigten Eingriff in die Rechte des

Erben dar. Der Erbe ist daher nicht auf die Geltendmachung der in den §§ 2219, 2227 vorgesehenen besonderen Rechte beschränkt. Die von dem Testamentsvollstrecker pflichtmäßig und nach bestem Können vorgenommenen Maßnahmen können aber nur dann mit Erfolg beanstandet werden, wenn sie nicht nur objektiv verfehlt sind, sondern auch *subjektiv* die nötige Sorgfalt des pflichtmäßigen Ermessens vermissen lassen.

2. **RG.** SchlHolstAnz. **10** 276. Der Erbe hat gegen den Testamentsvollstrecker ein Klagerecht auf *Abstellung ordnungswidriger Verwaltungsmaßregeln.* Die Ordnungswidrigkeit einer Verwaltungsmaßregel wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Schaden bisher nicht entstanden, noch dadurch, daß die bisherige Verwaltungsart besser war, als die vom Erblasser als seinerzeitigem Eigentümer beliebte, sondern sie bemißt sich nach den gegenwärtig herrschenden Anschauungen der Wirtschaftstechnik. Das Klagerecht steht auch dem einzelnen Erben (als individuelles Recht, um die ungeteilte Nachlaßmasse vor zukünftigem Schaden zu behüten) ohne Rücksicht auf die Zustimmung oder den Widerspruch der anderen Erben zu.

§ 2218. 1. *Fuchs*, R. **10** 636. § 2218 begründet zunächst nur eine Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers *dem Erben gegenüber.* Deshalb versagt **RG. 50** 225 einem *Pflichtteilsberechtigten*, der nicht Erbe ist, das Recht auf Auskunftserteilung gegenüber dem TV., insbes. auch im Hinblick auf § 2314 BGB., wonach das Pflichtteilsrecht nur gegen den *Erben*, nicht auch gegen den TV. geltend gemacht werden kann (§ 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Diese Begründung trifft aber nicht zu, wenn ein *Vermächtnisnehmer* Auskunft verlangt, denn für ihn gilt eine dem § 2314 Abs. 1 Satz 1 entsprechende Vorschrift nicht. Der Vermächtnisnehmer kann zur Verwirklichung seines *Forderungsrechts* (§ 2174) nach allgemeinen Grundsätzen (BGB. § 260) die Vorlegung eines Verzeichnisses des vorhandenen Barbestandes verlangen, und dieses Recht richtet sich gegen den Nachlaß, also auch gegen den verwaltenden Testamentsvollstrecker. Übrigens wird **RG. 50** 255 von *Planck* Anm. 3 zu § 2314 und *Strohal* I 450 Anm. 30 nicht gebilligt. Vgl. auch zu § 2219.

2. SächsOLG. **31** 253 (Dresden). Der Vorschrift der §§ 2218, 666 BGB. ist genügt, wenn die Rechnung einen *Einblick* in die geführte Verwaltung und einen *Überblick* über sie sowie die Möglichkeit gewährt, die Richtigkeit der Rechnung nachzuprüfen (DJZ. **07** 365, JW. **96** 181 Nr. 55 u. **97** 428 Nr. 41). Eine *ins einzelne* gehende Aufnahme der Ausgabe- und Einnahmeposten wird, wenn es sich um eine *umfangreiche* Verwaltung, insbes. um industrielle und kaufmännische Unternehmungen handelt, dem Rechnungsleger billig *nicht* angesonnen werden können. Aber bei der zusammenfassenden Wiedergabe müssen die Einnahmen und Ausgaben in ihrer Gegenüberstellung ein *genaues* Bild der Verwaltung ergeben und zugleich durch die Verweisungen auf die Bücher eine *Nachprüfung* der Rechnungsposten auch bis in ihre Einzelheiten ermöglichen. Die *Belege*, soweit sie erteilt zu werden pflegen, können auch nachgereicht und bei mehreren Sonderbetrieben am Sitze des in Frage kommenden Betriebs vorgelegt werden.

§ 2219. OLG. **21** 330 (Cassel). Aus § 2219 kann ein Anspruch des *Vermächtnisnehmers* gegen den *Testamentsvollstrecker* auf *Auskunftserteilung* und *Rechnungslegung* nicht hergeleitet werden, da die Schadensklage gegen den Vollstrecker eine andere Klage, als die gegen den Nachlaß auf Auszahlung des Vermächtnisses gerichtete ist und die ersterwähnte Klage nicht auf Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen aus dem Nachlasse (BGB. § 260) geht. Ebensowenig greift § 2213 Platz, da dieser nur die Passivlegitimation des Vollstreckers bei Ansprüchen, die sich gegen den Nachlaß richten, bestimmt. — Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2218.

§ 2221. HessRspr. **10** 164 (Darmstadt). Bei Bemessung der Höhe der einem Testamentsvollstrecker zuzubilligenden Vergütung ist einerseits der Umfang und die Schwierigkeit des Amtes, andererseits der Wert des Nachlasses zu berücksichtigen, soweit sich nicht (wie z. B. in Hamburg) eine bestimmte Übung gebildet hat. Berufsdienste (z. B. als Mäkler) sind besonders zu vergüten, der Betrag der hierfür zuzubilligenden Gebühren ist aber bei der Bemessung der Vergütung zu berücksichtigen.

§ 2227. ZBlFG. **11** 330 (Dresden). Das Nachlaßgericht kann die Testamentsvollstreckung nicht aufheben, sondern nur auf Antrag in den durch § 2227 bestimmten Grenzen tätig werden. Entsteht zwischen den Beteiligten Streit über das Fortbestehen der Testamentsvollstreckung, so hat hierüber das Prozeßgericht und nicht das Nachlaßgericht zu entscheiden. Dies gilt auch, wenn der Testamentsvollstrecker gemäß § 2200 vom Nachlaßgericht ernannt ist.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Mit dem eigenhändigen Testament (vgl. zu § 2231) hat sich wiederum die Rechtsprechung in erheblichem Umfange beschäftigt, meist von dem erfreulichen Bestreben möglichster Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung des Erblassers geleitet. So hat das RG. ein als Schuldschein überschriebenes Schriftstück und einen auf einer Schiefertafel niedergeschriebenen letzten Willen als eigenhändiges Testament zugelassen und die auf der Stempelmarke befindliche Orts- und Zeitangabe für ausreichend angesehen, desgl. (ebenso das KG.) die Ergänzung der im Testament enthaltenen unvollständigen Orts- und Zeitangabe durch das auf dem Umschlage befindliche richtige und vollständige Datum für zulässig erklärt. — Was das öffentliche Testament betrifft, so ist von besonderer Wichtigkeit die Entsch. **RG. 74** 421, wonach eine auf bloßem Versehen beruhende unrichtige Datierung die Nichtigkeit des Testaments nicht zur Folge habe, wenn das richtige Datum in anderer Weise festgestellt werden könne. — Hervorzuheben sind ferner die zu § 2242 ergangenen Entscheidungen und literarischen Äußerungen über die in Abs. 1 und 2 dieses Paragraphen vorgeschriebenen Feststellungen und ferner zu § 2257 über die Wirksamkeit eines widerrufenen Testaments, nachdem der Erblasser den Widerruf widerrufen hatte.

§ 2231. Eigenhändiges Testament. 1. In Briefform. Entwurf? PosMSchr. **10** 74 (KG.). Wenn auch unter Umständen ein eigenhändiges Testament durch Einverleibung in einen Brief ausreichend errichtet werden kann (KGJ. **26** A 199, **29** A 70), so ist doch diese Form unzureichend, wenn Einleitung und Schluß des Briefes unzweideutig erkennen lassen, daß es sich nur um Mitteilung des Entwurfes eines Testaments an den Rechtsbeistand des Erblassers handelt.

2. In Form eines Schuldscheins. **RG.** PosMSchr. **10** 36, JW. **10** 467, BayRpflZ. **10** 310, SeuffA. **65** 386, WarnE. **3** 200. Man kann nicht sagen, daß der Wille, letztwillig zu verfügen, den Willen, unter Lebenden zu verfügen, und umgekehrt derart ausschließe, daß eine Umwandlung im Sinne des § 140 BGB. ein unmöglicher Gedankenschluß wäre. Es ist sehr wohl denkbar, daß eine Person letztwillig verfügt, z. B. letztwillig eine Schuld erläßt und dabei gleichzeitig den Willen hat, daß der Schulderlaß auch für den Fall, daß das Testament — etwa wegen Formmangels — nichtig wäre, wirksam sein solle. Daß ein solcher „Ersatzwille" nicht zum Ausdrucke gelangt ist, ist gleichgültig, entscheidend bleibt, daß der Richter aus den Umständen schließen kann, die Partei hätte bei Kenntnis der Nichtigkeit des einen Rechtsgeschäfts doch dessen wirtschaftlichen Erfolg gewollt. Deshalb ist in Anwendung des § 140 BGB. auch eine Feststellung berechtigt, das als Schuldschein überschriebene Schriftstück des Erblassers, das ein schenkungsweise

erteiltes, wegen Formmangels nichtiges Schuldanerkenntnis darstellen soll, aber die Formerfordernisse eines eigenhändigen Testaments erfüllt, als eigenhändiges Testament aufrechtzuerhalten. S. a. § 140 Ziff. 3.

3. Auf einer Schiefertafel. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1044, JW. **10** 291, BayRpflZ. **10** 336, WarnE. **3** 162, DJZ. **10** 594, R. **10** Nr. 1271, 1272. Die Niederschrift des letzten Willens auf einer Schiefertafel genügt den Erfordernissen des § 2231 Nr. 2, wenn auch im übrigen gefordert werden muß, daß bei der Herstellung des Testaments ein Stoff oder Gegenstand verwendet wird, der mindestens eigenes Schreiben und Unterschreiben ermöglicht, auch die Benutzung besonders rasch vergänglicher Stoffe würde mit dem Wesen des Testaments, authentische Auskunft über Willenserklärungen des Erblassers zu geben, in Widerspruch treten; zum mindesten würde in einem solchen Falle die Ernstlichkeit der Verfügung von Todes wegen sehr in Frage gestellt sein. Daß die Niederschrift nicht mehr vorhanden, macht — abgesehen von dem Falle des § 2255 (d. h. wenn der Erblasser selbst die Schrift ausgelöscht hat) — das einmal errichtete Testament nicht unwirksam, sondern nötigt nur dazu, seinen Inhalt mit Hilfe der gewöhnlichen Beweismittel von neuem festzustellen.

4. Richtiges Datum? HessRspr. **11** 84 (LG. Darmstadt). Richtig ist ein vom 6. Oktober 1907 datiertes eigenhändiges Testament, wenn es, wie der unter der Unterschrift befindliche und zutreffende Beglaubigungsvermerk ergibt, am 7. September 1907 bereits errichtet war.

5. Unvollständige Orts- und Zeitangabe. **a)** Die Entsch. des KG. — JDR. **8** Ziff. 7a zu § 2231 — auch OLG. **20** 428, RJA. **10** 172, KGJ. **39** A 69, SeuffBl. **10** 183, DNotV. **10** 365, DJZ. **10** 653. **b)** HessRspr. **11** 76 (LG. Darmstadt). Die in der Datierung des Testaments fehlende Ortsangabe kann durch die im Texte des Testaments enthaltene Ortsangabe, wenn sie genügend deutlich ist, ersetzt werden. **c)** OLG. **21** 331 (KG.). Die über dem Texte des eigenhändigen Testaments befindliche Zeitangabe „den 13. März" entspricht, da sie das Jahr und mithin auch den Tag der Testamentserrichtung im Sinne des Gesetzes nicht erkennen läßt, nicht der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2. Es könnte sich nur fragen, ob das Jahr der Niederschrift aus dem sonstigen Inhalte des Testaments unter Verwertung offenkundiger Tatsachen feststellbar ist. Aus den Zuwendungen an M. und an das Stubenmädchen in Verbindung mit der Ortsangabe B . . . ist nicht zu schließen, daß das Testament während des Aufenthalts des Erblassers in dem Sanatorium B. geschrieben worden ist, da das Testament nicht erkennen läßt, daß der mit einem Vermächtnisse bedachte M. ein Angestellter des Sanatoriums in B. ist und die Zuwendung an das nur mit dem Vornamen bezeichnete Stubenmädchen nicht Bestandteil des Testaments ist, da sie hinter der Namensunterschrift des Erblassers niedergeschrieben und nicht unterschrieben ist. Endlich läßt auch die Ortsbezeichnung B. nicht erkennen, daß der Erblasser nur im Jahre 1909 das Testament geschrieben haben kann.

6. Datum auf dem Umschlage. KGJ. **38** A 137, SeuffBl. **10** 77, OLG. **21** 332 Anm. 1 (KG.). Die auf dem Umschlag eines privatschriftlichen Testaments befindliche Angabe des Ortes und Tages ist als Datum der Testamentserrichtung aufzufassen, wenn die auf dem Umschlag enthaltene datierte Aufschrift mit der Testamentserklärung dergestalt in einem inneren Zusammenhange steht, daß sie nach dem Willen des Erblassers lediglich eine Fortsetzung der Testamentsurkunde selbst bildet. Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Erblasser diesen Willen gehabt hat (BGB. § 2084). (In dem vom KG. behandelten Falle enthielt der Briefbogen, auf dem die letztwillige Verfügung niedergeschrieben war, das Datum der Testamentserrichtung nur dergestalt, daß sich an den Vordruck „Berlin N, den" die handschriftlich beigefügte Zeitangabe „3. Januar" anschloß und die vorgedruckte

Jahreszahl „190" handschriftlich durch die Zahl „6" ergänzt war. Dieser Briefbogen befand sich in einem Umschlage mit folgender Aufschrift: „Mein letzter Wille! Dr. J. . . . . H. . . . Berlin, den 3. Januar 1907." Der Erblasser hatte ferner in einem Schreiben vom 3. Januar 1907 die R. C. davon benachrichtigt, daß sich in einem Fache seines Schreibtisches ein Brief mit der Überschrift „Mein letzter Wille" für sie befinde, in dem sie als alleinige Erbin eingesetzt sei.) Vgl. auch u. Ziff. 7.

7. Datum auf der Stempelmarke. **RG.** SeuffBl. **10** 134, BayRpflZ. **10** 134, JW. **10** 237, R. **10** Nr. 1116. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn auf Grund des räumlichen Verhältnisses, in dem die auf einer Stempelmarke niedergeschriebene Orts- und Zeitangabe zu der urkundlichen Erklärung des Erblassers steht — die Angabe befindet sich am Schlusse des Testaments unmittelbar neben der Unterschrift des Erblassers — festgestellt wird, daß die Worte die Orts- und Zeitangabe des Testaments selbst enthalten, auch wenn sie nach der wahrscheinlichen Absicht des Erblassers zugleich dazu bestimmt waren, die Stempelmarke zu entwerten. Zur Bestätigung dieser Annahme kann auch die auf dem Umschlage des Testaments befindliche Aufschrift verwertet werden, wenn sie sich (wie im vorliegenden Falle) mit den die Orts- und Zeitangabe sowie die Namensunterschrift umfassenden Schlußworten des Testaments deckt.

8. Unterschrift. **RG.** (Straff.) **43** 231 hat einen Angeklagten, der in einem vom Erblasser verfaßten Testamentsentwurf oben die Worte: „Ich Fortunat Kammenisch" und unten die Worte: „Fotu Kamm" sowie „Sasbach, den 1. Abriel 1908" eingefügt und die so entstandene Urkunde als vom Erblasser herrührend dem Nachlaßgericht abgeliefert hatte, von der Anklage der Urkundenfälschung (StGB. § 267) freigesprochen, da in der als Unterschrift benutzten Buchstabenzusammenstellung „Fotu Kamm", auch wenn sie vom Erblasser hergerührt hätte, keine Namensunterschrift im landläufigen und gesetzlichen Sinne, ja nicht einmal eine verständliche Abkürzung von „Fortunatus Kammenisch" zu finden sei.

§ 2238. ElsLothJZ. **10** 152 (Colmar). Der letzte Wille braucht nicht zusammenhängend erklärt zu werden, es genügt Rede und Gegenrede durch Bejahung der an den Erblasser gestellten Fragen.

§ 2241. Unrichtige Datierung des öffentlichen Testaments. a) DNotV. **10** 453, ZBlFG. **11** 45 (Celle). Das notarielle Testament, in dem die Jahreszahl des Datums (1904 statt 1905) verschrieben ist, ist deshalb nicht ungültig; das richtige Datum ist nicht Formerfordernis. Die sachliche Unrichtigkeit kann durch anderweite Feststellung des wahren Datums beseitigt werden. — Bestätigt durch:

b) **RG. 74** 421, DJZ. **11** 473 — gegen RJA. **6** 173 (KG.), JDR. **5** zu § 2241 —. Eine auf bloßem Versehen beruhende unrichtige Datierung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments hat dessen Nichtigkeit jedenfalls dann nicht zur Folge, wenn das richtige Datum in anderer Weise (z. B. durch das richtige Datum auf dem Umschlage des Testaments und auf der Stempelmarke) festgestellt werden kann. Allerdings würde beim Fehlen der Angabe von Ort und Tag der Verhandlung das Testament nichtig sein, da es sich hierbei um eine wesentliche Formvorschrift handelt. Dagegen wäre eine Bestimmung des Gesetzes, daß das Protokoll den richtigen Ort und Tag der Errichtung zur Vermeidung der Nichtigkeit angeben müsse, keine Formvorschrift. Aber eine solche Bestimmung ist im Gesetze (sei es im § 2241 BGB. oder § 176 FGG.) überhaupt nicht getroffen, sie wäre auch ungewöhnlich und zwecklos. Mit vorstehenden Erwägungen steht **RG. 51** 166, **52** 177, **64** 423, wonach die unrichtige Datierung des eigenhändigen Testaments dessen Nichtigkeit bewirke, nicht entgegen, da die Gewähr, welche Gericht und Notar für die sachliche Richtigkeit ihrer Beurkundungen bieten, beim eigenhändigen Testamente fehlt.

§ 2242. 1. Die Entsch. des KG. (Unzulässigkeit der Unterzeichnung des Protokolls durch die Urkundspersonen nach Eröffnung des Testaments) — JDR. 8 Ziff. 2 zu § 2242 — auch KGJ. **38** A 141, OLG. **21** 335.

2. Feststellung der Unterschrift des Erblassers. OLG. **21** 332 (KG.). Ein zu gerichtlichem Protokoll errichtetes Testament, dessen Schlußworte lauteten:

„Die Verhandlung wurde dem Erblasser vorgelesen, von ihm genehmigt und
Julius Schmidt
Geschlossen."

ist wegen Fehlens der Feststellung, daß der Erblasser das Testament eigenhändig unterschrieben habe, für nichtig erachtet worden. Das hinter „genehmigt" stehende Wort „und" deutet zwar an, daß noch eine weitere Feststellung beabsichtigt war, läßt aber nicht mit Sicherheit erkennen, was den Gegenstand dieser Feststellung bilden sollte. Auch wenn das Wort „und" die Verbindung mit der Feststellung des Schlusses der Verhandlung („Geschlossen") herstellen sollte, so kann darin eine Feststellung, daß die darauf folgende Namensunterschrift vom Erblasser herrühre, nicht gefunden werden. Eine Beziehung des Wortes „und" auf das Wort „Geschlossen" erscheint allerdings kaum möglich, weil das Wort „Geschlossen" im Protokolle mit einem großen Anfangsbuchstaben geschrieben ist. Der Entsch. v. 3. Juni 1908 — JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2242 — liegt ein anderer Tatbestand zugrunde.

3. Zusätze hinter dem Feststellungsvermerke. **a)** RheinA. **108** 268, DNotV. **11** 303 (Cöln). Ein dem Feststellungsvermerke (§ 2242 Abs. 1 Satz 2) folgender Zusatz wird von ersterem auch dann nicht gedeckt, wenn er sich über der Unterschrift des Erblassers befindet und entsprechende Auslassungszeichen auf die Zugehörigkeit des Zusatzes zu dem vorangegangenen Texte hinweisen. Der Zusatz ist daher nichtig, da das Auslassungszeichen die Feststellung nicht ersetzt. § 2084 bezieht sich nur auf den materiellen Inhalt des Testaments. **b)** Dagegen Rausnitz, DNotV. **11** 305: In JW. **04** 208 ist von der Stelle, an welcher der Feststellungsvermerk im Protokolle zu stehen habe, keine Rede, auch wird durch **RG. 69** 84 nicht ausgeschlossen, durch sinngemäße Auslegung des Protokolls und seines Inhalts selbst die Feststellung der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des nachträglichen Zusatzes nachzuweisen. Endlich wird auf Art. 64 PrFGG. verwiesen: „Zusätze sollen am Schlusse oder am Rande beigefügt und im letzteren Falle von den mitwirkenden Personen unterzeichnet werden".

4. Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne. Geschäftsfähigkeit. **a)** **RG.** JW. **10** 150, ElsLothNotZ. **10** 138, RheinNotZ. **55** 54, R. **10** Nr. 663. Die objektive, gleichviel auf welcher Quelle beruhende Feststellung der Schreibunfähigkeit des Erblassers genügt, wenn auch sie dem Erblasser vorgelesen und von ihm genehmigt ist. Die Beantwortung der Frage, ob die Vorlesung und Genehmigung auch dieser objektiven Feststellung im Protokolle beurkundet sei, hängt ab von dem Inhalte, der dem Begriffe „Protokoll" gegeben wird. In dieser Beziehung hat der IV. ZS. des RG. seine Ansicht gewechselt: JW. **05** 541 Nr. 33 versteht unter Protokoll ein einheitliches, in seiner Ganzheit den Erfordernissen der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung durch die Beteiligten unterliegendes Protokoll, dagegen **RG. 62** 1, **63** 31, **69** 79 eine in der fortschreitenden Vollendung begriffene Urkunde. Wenn ein Notar bei Aufnahme der Urkunde die damals herrschende Ansicht teilte, so kann ihm dies nicht als Fahrlässigkeit zugerechnet werden. **b)** ElsLothJZ. **10** 152 (Colmar). Die Geschäftsfähigkeit des Erblassers braucht nur bis zu dem Augenblick anzudauern, wo dieser das Testament unterschrieben oder erklärt hat, nicht unterschreiben zu können. Es genügt ferner, daß der Erblasser beim Vorlesen seines letzten Willens bei Bewußtsein, also in der Lage gewesen ist,

das Vorgelesene zu verstehen, und daß er das Vorgelesene genehmigt hat. Die Genehmigung ist an keine Form gebunden. Die Erklärung, nicht schreiben zu können, muß zwar vom Erblasser selbst abgegeben und kann nicht durch die objektive Feststellung des Notars, daß der Erblasser zum Unterschreiben unfähig sei, ersetzt werden. Sie braucht aber nicht mit Worten erklärt zu werden, sondern kann auch in dem Verhalten des Erblassers zum Ausdrucke kommen. Vgl. auch oben zu § 2238. **c)** Hagemann, ZBlFG. **11** 30. Die Feststellung der im § 2242 Abs. 2 vorgesehenen Erklärung des Erblassers ist, wie die der Vorlesung und Genehmigung, ein Zeugnis der beurkundenden Personen, daß sich der Vorgang in der angegebenen Weise abgespielt hat. Eine Vorlesung und Genehmigung des Feststellungsvermerkes ist mit dieser Auffassung unvereinbar. **d)** Josef, ZBlFG. **11** 187, 199 — gegen **RG. 69** 79, JDR. **7** Ziff. 3 A a zu § 2242. Ist in dem Protokolle festgestellt, daß „das Protokoll" auf Vorlesen genehmigt sei, und folgt sodann der Vermerk tatsächlicher Schreibunfähigkeit, so ist hiermit bezeugt und festgestellt, daß auch dieser Vermerk auf Vorlesen mitgenehmigt sei. Denn jener Vermerk ist gleichfalls ein Teil des Protokolls, und der Umstand, daß er räumlich hinter dem Vorlesungsvermerke beurkundet ist, beweist nicht, daß dieser Vermerk erst nach der Vorlesung niedergeschrieben sei. Ist dieser Vermerk (die Feststellung tatsächlicher Schreibunkunde) aber auf Vorlesen mitgenehmigt, so ist diese Genehmigung zu deuten als die Erklärung, nicht schreiben zu können. **e)** Josef, ZBlFG. **11** 187, 199 — gegen **RG.** JW. **09** 314, JDR. **8** Ziff. 2 b zu § 2242. Sind zunächst die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Beteiligten auf Vorlesen genehmigt und folgt sodann die Feststellung, daß das Protokoll auf Vorlesen genehmigt und daß der Beteiligte tatsächlich schreibunfähig sei, so bedarf es keiner besonderen Feststellung im Protokolle, daß der Vermerk der Schreibunkunde gleichfalls auf Vorlesen mitgenehmigt, daß also mit der Vorlesung fortgefahren sei. Vielmehr ist die erfolgte Genehmigung des Vermerks der tatsächlichen Schreibunfähigkeit beurkundet durch die vorhergehende Feststellung, daß „das Protokoll" (also das ganze Protokoll einschließlich des Schlußvermerkes) auf Vorlesen genehmigt sei.

§ 2244. KGJ. **39** A 75, OLG. **21** 354 (KG.). Aus der Beurkundung der Zuziehung des Dolmetschers folgt noch nicht notwendig, daß dieser und keine andere Person die Übersetzung angefertigt und sie vorgelesen habe. Wenn auch die Anfertigung der Übersetzung (aber auch nur diese) durch eine andere Person als den Dolmetscher zugelassen ist (Prot. V 341), so muß doch auch dann (und gerade dann) im Protokolle festgestellt werden, daß jedenfalls die Beglaubigung und die Vorlesung durch den Dolmetscher geschehen sei.

§ 2253. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** zu § 2253 — auch PosMSchr. **10** 12.

§ 2255. HansGZ. **10** Beibl. 197, R. **10** Nr. 1992 (Hamburg). Dadurch, daß der Erblasser unter sein Testament das Wort „annulliert" schreibt, ohne dieses Wort zu unterschreiben, wird das Testament nicht ungültig, weil der Vermerk weder eine Vernichtung der Testamentsurkunde noch eine dieser gleichstehende Veränderung an der Urkunde darstellt. Anders, wenn das Wort „annulliert" quer über den Text geschrieben wäre, weil diese Art des Überschreibens einem Durchstreichen des Textes gleichzuachten ist.

§ 2257. OLG. **20** 431 (Stuttgart). Wenn auch § 2257 voraussetzt, daß mit dem durch Testament erfolgenden Widerruf einer letztwilligen Verfügung diese nicht nichtig wird, sondern daß nur ihre Wirksamkeit durch das Vorhandensein des Widerrufs gehindert wird und nach Beseitigung des Hindernisses sich wieder geltend macht, so ist doch daraus nicht zu folgern, daß die Wirksamkeit ohne Rücksicht auf die Willensrichtung des widerrufenden Erblassers eintrete und daß dieser

das erste Testament, wenn er es beseitigen wolle, durch einen selbständigen Widerruf beseitigen müsse, vielmehr ergibt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß der Gegenbeweis dahin zulässig ist, der Widerrufende habe beim Widerrufe den Willen gehabt, daß die erste Verfügung nicht wirksam werden solle. Dies trifft nicht nur zu, wenn der Wille unmittelbar darauf gerichtet ist, daß die erste Verfügung keine Wirksamkeit erlangen soll, sondern auch dann, wenn der Widerrufende den Inhalt der ersten Verfügung nicht als seine letztwillige Verfügung haben will. (Im vorliegenden Falle hatte der Erblasser zwei Testamente, von denen das zweite öffentliche den ausdrücklichen Widerruf des ersten enthält, errichtet und vor seinem Tode das zweite Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen.)

§ 2261. Gleich, ZBlFG. **11** 211, empfiehlt, zur Eröffnung der nicht in amtliche Verwahrung gebrachten eigenhändigen Testamente und der nicht in amtlicher Verwahrung befindlichen Erbverträge (§ 2277) dasjenige Gericht für zuständig zu erklären, in dessen Verwahrung oder in dessen Bezirke sich die betreffenden Urkunden zur Zeit des Todes des Erblassers befinden. Ferner schlägt er vor, den Satz 2 des § 2261 dahin zu ändern: „Die Akten sind nebst dem Testamente dem Nachlaßgerichte zu übersenden; eine beglaubigte Abschrift des Testaments sowie des über die Eröffnung aufgenommenen Protokolls ist zurückzubehalten."

§ 2261. OLG. **21** 336, SchlHolstAnz. **10** 223 (Kiel). Ist ein gemeinschaftliches Testament nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten seinem ganzen Inhalte nach eröffnet und offen zu den Testamentsakten genommen worden, so ist, wenn nachträglich der überlebende Ehegatte in den Bezirk eines anderen Gerichts verzogen und dort verstorben ist, das nunmehr zuständige Nachlaßgericht zu dem Verlangen, daß ihm die Urschrift des Testaments nach § 2261 übersandt werde, berechtigt. Darauf, ob der Überlebende noch weitere Verfügungen hinterlassen hat oder nicht, kommt es nicht an.

§ 2264. Die Entsch. des KG. (dauernder Verbleib der Urschrift eines eröffneten eigenhändigen Testaments bei den Testamentsakten) — JDR. 8 Ziff. 1 zu § 2264 — auch KGJ. **38** A 145.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die zur Auslegung der §§ 2269, 2270 ergangenen Entscheidungen des KG.

§ 2265. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. 8 Ziff. 2 zu § 2265 und § 2267 — auch SeuffA. **65** 282, **RG. 72** 204.

2. Vgl. auch o. Ziff. II 1 zu § 2084 BGB.

§ 2269. Literatur: Faul, WürttRpflZ. **10** 85, Aus der Praxis des RErbsch.-StG., insbes. in Hinsicht auf die Lehre vom gemeinschaftlichen Testament (§ 2269).

1. OLG. **21** 362 (KG., III. ZS.). Der Dritte im Sinne des § 2269 hat nur eine Anwartschaft, später Erbe des überlebenden Ehegatten zu werden; im übrigen kann bis dahin der zunächst eingesetzte Erbe frei verfügen.

2. Vorerbe oder Vollerbe? a) SeuffBl. **10** 256, SchlHolstAnz. **10** 38 (KG.). Ist in einem gemeinschaftlichen Testamente der überlebende Ehegatte „mit und neben den Kindern" als Erbe eingesetzt und ihm bis zu seinem Lebensende Besitz und Genuß des gesamten Nachlasses sowie freie Verfügung unter Lebenden eingeräumt und weiter bestimmt, daß der beim Tode des Längstlebenden vorhandene Nachlaß an die Kinder fallen soll, so läßt dies nicht notwendig den Schluß zu, daß der Überlebende nur Vorerbe des Erstversterbenden werden, sondern beweist nur, daß der Überlebende von der gesetzlichen Bindung an seine eigenen, in dem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Verfügungen (§ 2271) nicht befreit, vielmehr an diese Verfügungen gebunden sein soll.

Deshalb schließt diese Bestimmung die Anwendbarkeit des § 2269 ebensowenig aus, wie die weitere Bestimmung des Testaments, daß der überlebende Ehegatte zur Herausgabe eines Inventars, zur Bestellung einer Sicherheit oder zur Rechnungslegung nicht verpflichtet sei, womit lediglich eine Aufzählung der sämtlichen positiven und negativen Befugnisse zur näheren Bestimmung der Rechtsstellung des Überlebenden gemeint sein kann. Diese Auffassung ist um so berechtigter, als der Vorerbe von der sich aus § 2121 BGB. ergebenden Verpflichtung, dem Nacherben ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen, gemäß § 2136 von dem Erblasser nicht wirksam befreit werden kann, der Wille des Erblassers daher nur bei der Annahme, daß der überlebende Ehegatte Vollerbe sei, in vollem Umfange zu verwirklichen ist (§ 2084 BGB.). b) Dagegen KGJ. **39** A 78, OLG. **21** 337 (KG.). Die Eheleute haben in ihrem gemeinschaftlichen Testamente bestimmt: „Wir setzen uns gegenseitig und unsere Tochter zu Erben ein mit der Maßgabe, daß wir uns an Stelle des Erbrechts das uneingeschränkte Nießbrauchsrecht sowie die freie Verwaltung unserer dereinstigen Nachlassenschaft einräumen; nach dem Tode des Überlebenden von uns geht dann unser gesamter Nachlaß auf unsere Tochter über. . . . Falls sich der Überlebende wieder verheiratet, hat er mit unserer Tochter Teilung zu halten, und hört dann sein Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht auf." Das KG. legt diese Bestimmung nicht im Sinne des § 2269, sondern dahin aus, daß die Ehegatten sich gegenseitig nur die Stellung eines Vorerben einräumen und demgemäß die Tochter als Nacherbin des Erstversterbenden einsetzen wollten. Mit dieser Auslegung wird die Bestimmung des Testaments, daß die Tochter bei dem Tode des Längstlebenden den gesamten Nachlaß erbe, nicht für unvereinbar erachtet, da auch bei dieser Auslegung die Tochter beim Tode des Letztlebenden den gesamten Nachlaß erhalte, zwar nicht als einheitliche Nachlaßmasse, aber doch in der Weise, daß sie das ehemalige Vermögen des Erstverstorbenen als dessen Nacherbin und das Vermögen des Letztverstorbenen als dessen Erbin erhalte. c) Marx, BayNotZ. **10** 426, bekämpft die Entscheidung eines Nachlaßgerichts, wonach ein nach Art des sog. Berliner Testaments abgefaßtes Testament als solches im Sinne des § 2269 ausgelegt worden ist.

§ 2270. Literatur: Gramming, BayNotZ. **10** 442, Fürsorgeverfügungen bei Bindung des Erblassers.

OLG. **21** 339 (KG.). Enthält ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament nur die Unterschrift der Ehefrau, nicht aber die von ihr nach § 2267 beizufügende Erklärung, so ist das Testament als gemeinschaftliches nichtig, es kann aber als Testament des Mannes wirksam sein, wenn Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, daß der Mann seine Anordnungen auch ohne Rücksicht auf die zu seinen Gunsten lautenden Verfügungen seiner Frau getroffen haben würde. Dies kann der Fall sein, wenn der Erblasser die Einsetzung seiner Frau als Erbin und die Ausschließung seiner beiden Söhne erster Ehe damit begründet hat, daß die Söhne nichts mehr erhalten sollten, weil sie ihre Erbteile bereits aus dem Nachlasse der Eltern ihrer Mutter entnommen hätten, ohne den Eltern etwas Nennenswertes zukommen zu lassen, und daß andererseits die Witwe bei dem Tode des Mannes nur noch die Hälfte der Pension beziehe, die Tochter zweiter Ehe erwerbsunfähig sei, die Söhne erster Ehe dagegen ihr gutes Auskommen hätten.

§ 2271. 1. du Chesne, R. **10** 205. Bestellt ein Ehegatte nach dem Tode des anderen, mit dem zusammen er ein gemeinschaftliches korrespektives Testament errichtet hat, einen Testamentsvollstrecker für den gemeinschaftlichen Nachlaß (§ 2269), so enthält dies nicht ohne weiteres einen unzulässigen (§ 2271 Abs. 2) Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments, sondern nur dann, wenn dadurch der offenbare Wille des Testators verletzt wird.

Ein solcher Wille liegt nicht schon in der Nichtanordnung einer Testamentsvollstreckung, sondern würde nur dann festgestellt werden können, wenn er erkennbar ausgesprochen worden wäre. Auch die Anweisung eines Vollstreckerhonorars aus dem Nachlaß ist kein Widerruf früherer Bestimmungen, vielmehr nur eine auf dem Gesetze (§ 2221) beruhende Nebenwirkung der Vollstreckung, und könnte als Widerruf nur angesehen werden, wenn die ganze Vollstreckungsanordnung lediglich den Erfolg und Zweck hätte, die Absichten des ersten Testators zu durchkreuzen.

2. OLG. **21** 340 (KG.). Nach §§ 2271 Abs. 3, 2289 Abs. 2 kann der überlebende Ehegatte, der die Zuwendungen des Erstverstorbenen aus dem gemeinschaftlichen Testament angenommen hat, durch eine spätere Verfügung gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge die nach § 2338 zulässigen Anordnungen treffen. Der Grund für eine solche Bestimmung muß jedoch zu der Zeit, zu der sie getroffen wird, bei Vermeidung der Nichtigkeit der Anordnung in der letztwilligen Verfügung angegeben werden (§§ 2338 Abs. 2, 2336 Abs. 2, 125).

§ 2273. a) Meckbach, PosMSchr. **10** 31, gibt eine Zusammenstellung der verschiedenen Streitfragen und Meinungen, die sich an die Auslegung des § 2273 wegen der Frage der erstmaligen Eröffnung und weiteren Behandlung gemeinschaftlicher Testamente geknüpft haben. Er vertritt dabei die Ansicht, daß im Falle der Errichtung eines sog. Berliner Testaments die zugunsten des Dritten getroffenen Verfügungen im Zweifel nicht mitzuverkünden seien, da, wenn auch äußerlich eine gemeinschaftliche Verfügung vorliege, in Wirklichkeit es sich doch nur um die Bestimmungen des überlebenden Ehegatten handle, während die Bestimmung des Erstverstorbenen, soweit sie die Erbeinsetzung des Dritten enthalte, gegenstandslos geworden sei und ihre Verkündung mithin eine leere Form sein würde. **b)** Francke, R. **10** 195, bekämpft diese Ansicht, da die Erbeinsetzung des Dritten als Verfügung beider Ehegatten anzusehen sei. Demgegenüber verbleibt **c)** Meckbach, PosMSchr. **10** 171, bei seiner Ansicht, indem er das von ihm gewählte Beispiel im Sinne des § 2269 BGB. verstanden wissen will. ➸ M. hatte wohl in seinem ersten Aufsatz übersehen, daß das sog. Berliner Testament die Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Vorerben, die des Dritten zum Nacherben enthält, also nicht ohne weiteres nach § 2269 BGB. zu beurteilen ist. Vgl. aber auch Ziff. 2 zu § 2269 BGB. Red. ⇐

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

Literatur: Neuhirl, SeuffBl. **09** 767, Wie sollen die bäuerlichen Erbverträge im Bereiche des vorm. Bay. Landrechts nunmehr abgefaßt werden? Dazu Kohlhaas, SeuffBl. **10** 106 und Neuhirl aaO. 244.

§ 2277. KGJ. **38** A 150, OLG. **21** 341, R. **10** 385 (KG.). (Bereits JDR. **8** zu § 2277.) Der Notar, welcher einen Erbvertrag aufgenommen und dem Amtsgerichte zur besonderen amtlichen Verwahrung übergeben hat, hat kein Recht, im eigenen Namen die Öffnung oder auch nur die Vorzeigung der Urkunde zu fordern, und ist daher auch im Falle der Ablehnung eines darauf gerichteten Antrags nicht beschwerdeberechtigt (§ 20 FGG.). Ist der Erbvertrag in amtliche Verwahrung genommen, so hören alle Rechte des Notars auf die Urkunde oder an ihr auf.

§ 2287. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1601. Die Bestimmung ist auch anwendbar auf ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten, in welchem dem überlebenden Ehegatten die freie Verfügung über die Substanz des Vermögens eingeräumt, ihm aber das Recht zu Schenkungen aus der Substanz des Vermögens und zu testamentarischen Verfügungen nicht gewährt ist.

2. OLG. **21** 361, PosMSchr. **10** 187 (Marienwerder). Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes steht nicht der Erbengemeinschaft

zu — daher keine Klage auf Hinterlegung zur Nachlaßmasse —, sondern kann nur von den einzelnen in dem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testamente Bedachten, und zwar nur in Ansehung eines ihrem Erbteil entsprechenden Bruchteils geltend gemacht werden. Die Gesichtspunkte der Erbenkollation sind nicht heranzuziehen.

§ 2294. Stahl s. § 321.

§ 2301. SächsRpflZ. **10** 285 (LG. Dresden). Schon die Einzahlung auf ein Sparkassenbuch ist eine Schenkung auf den Todesfall, die aber erst durch Übergabe des Sparkassenbuchs vollzogen wird.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitte ist eine Reihe grundsätzlicher Entscheidungen des RG. zu verzeichnen, so zu §§ 2311 ff. über die Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten, wenn zu dem Nachlasse der Anteil des Erblassers an einem anderen Nachlasse gehört, zu § 2325 über die Auskunftspflicht des Erben gegenüber der Geltendmachung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs und zu § 2332 über den Beginn der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs, wenn das Pflichtteilsrecht einer Ehefrau zusteht.

§ 2304. Über einen Fall, in dem insbes. im Hinblick auf das frühere sächsische Recht (s. SächsBGB. § 2589) eine unter dessen Herrschaft ausgesprochene Zuwendung des Pflichtteils nach § 2304 BGB. als Erbeinsetzung aufgefaßt worden ist, vgl. SächsRpflA. **10** 517 (Dresden).

§ 2306. 1. SeuffA. **65** 25, R. **10** Nr. 1602 (Braunschweig). Bei Beurteilung der Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte seinen Erbteil ausschlagen und statt dessen den Pflichtteil fordern könne, weil der ihm nachgelassene Erbteil größer als sein Pflichtteil sei, kommt es nicht darauf an, was bei Auskehrung der Erbmasse ihm an Wert zufallen würde, sondern auf die Größe der betreffenden Quote. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute des § 2306 und aus der Erwägung, daß sonst der Pflichtteilsberechtigte in vielen Fällen vollständig im Zweifel darüber sein müßte, ob er das Recht habe und ob er nicht durch dessen Ausübung überhaupt jedes Anspruchs verlustig gehe (OLG. **11** 261, Staudinger Anm. 8 Abs. 2 u. 9, Planck (3) Anm. 1 zu § 2306).

2. SeuffA. **65** 25, 27 (Braunschweig). Die vereinzelt vertretene Auffassung, daß die in Abs. 1 Satz 2 des § 2306 vorgesehene Ausschlagungsfrist für den als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten bereits mit der Kenntnis der letztwilligen Verfügung beginne, kann schon deswegen nicht richtig sein, weil dann der nichtpflichtteilsberechtigte Nacherbe sich besser stehen würde als der pflichtteilsberechtigte; denn ersterer braucht nach §§ 1944, 2142 BGB. erst von der Nacherbfolge an auszuschlagen (**RG. 59** 343).

3. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2368 BGB.

§ 2307. ElsLothNotZ. **10** 60 (LG. Straßburg). Falls der Pflichtteilsberechtigte das ihm zugewendete Vermächtnis nicht ausschlägt, bleibt auch die Anordnung, daß das Vermächtnis durch einen Testamentsvollstrecker zu verwalten sei, wirksam, auch wenn die Voraussetzungen für die Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils nicht vorliegen.

§ 2311. **RG.** PosMSchr. **10** 13, JW. **10** 238, WarnE. **3** 162, R. **10** Nr. 1117. Hat ein Nachlaßverwalter ein Nachlaßgrundstück mit Recht (BGB. § 1985) zur Zwangsversteigerung gebracht, so wird doch durch diese Maßnahme die Anwendbarkeit des § 2311 Abs. 1 nicht ausgeschlossen. Der Pflichtteilsberechtigte hat zwar kein dingliches oder obligatorisches Recht in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände; er hat aber hinsichtlich der Wertberechnung bei Bemessung des Pflichtteils einen Anspruch darauf, daß alle zum Nachlasse gehörenden Gegenstände nach

dem Werte zur Zeit des Erbfalls in Ansatz gebracht werden. § 2311 Abs. 2 hat Fälle im Auge, in denen der Wert eines Nachlaßgegenstandes klar zutage liegt, wenn z. B. bares Geld oder eine sichere und zweifellose Forderung zum Nachlasse gehört.

§§ 2311, 2313, 2314. **RG.** 72 379, JW. **10** 188, R. **10** Nr. 725—729. Der Pflichtteilsberechtigte braucht grundsätzlich nicht zu warten, bis mehrere Erben sich auseinandergesetzt haben, er hat vielmehr einen Anspruch darauf, daß die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände nach dem Werte, den sie zur Zeit des Erbfalls hatten, geschätzt werden und der danach zu berechnende Pflichtteil ihm ausgezahlt werde. Dasselbe Recht hat er auch, wenn zu dem Nachlasse (A.) noch der Anteil an einem anderen Nachlasse (B.) gehört, auch hinsichtlich der zu diesem (B.) gehörigen Gegenstände. Er braucht also auch hier nicht die Auseinandersetzung abzuwarten, andererseits hat er gegen die Erben des anderen Nachlasses (B.) nicht die Rechte aus § 2314, vielmehr ist er darauf angewiesen, daß die Erben des A. in seinem Interesse die zur Feststellung des B.schen Nachlasses erforderlichen Schritte tun und die zur Schätzung erforderlichen Nachrichten, insbes. ein Nachlaßverzeichnis ihm mitteilen. Dabei ist er aber an etwaige Anordnungen des Erblassers B. — z. B. an das Verbot eines amtlichen Verzeichnisses — gebunden. Einen Anspruch darauf, daß zur Erleichterung der Schätzung die Erbteilung und die zu diesem Zwecke erforderliche Verwertung des Nachlasses (A.) vorgenommen werde, hat er nicht, es sei denn, was unentschieden gelassen wird, daß nach der besonderen Sachlage ohne Erbteilung und Verwertung des Nachlasses eine Schätzung nicht wohl möglich wäre. Was dagegen die Verzeichnung und Schätzung anbetrifft, so sind die Vorschriften der §§ 2313, 2314 anzuwenden. Ist der Nachlaß des B. zugunsten eines Dritten mit einer lebenslänglichen Rente belastet, so handelt es sich dabei nicht um ein unbestimmtes Recht im Sinne des § 2313, vielmehr ist nur die Dauer des Rentenbezugs ungewiß und die tatsächliche Ungewißheit kann dadurch gehoben werden, daß der Wert der Rente nach versicherungstechnischen Grundsätzen unter Zugrundelegung der vermutlichen Lebenszeit des Berechtigten durch Schätzung ermittelt wird (§§ 18, 19 ErbschStG. v. 3. Juni 1906). — Daraus, daß der Pflichtteilsberechtigte auf ein ihm vom Erben vorgelegtes privatschriftliches Nachlaßverzeichnis sich zunächst nicht erklärt hat, kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß er mit dem Privatverzeichnisse sich begnügen und auf die weiteren ihm nach § 2314 zustehenden Rechte verzichten wolle. Das (für ihn wichtigste) Recht auf amtliche Aufnahme und Schätzung des Nachlasses kann er geltend machen, auch wenn seit dem Erbfalle bereits längere Zeit verstrichen ist und erhebliche Veränderungen in dem Bestande des Nachlasses vorgekommen sind. Ob die Maßregel in seinem Interesse liegt, darüber hat er allein zu befinden. Nur unter ganz besonderen Umständen kann die Geltendmachung des Anspruchs ihm als Schikane (BGB. § 226) ausgelegt werden. Vgl. auch zu § 2316.

§ 2314. 1. **RG.** R. **10** Nr. 730. Der Anspruch auf Vornahme der amtlichen Verzeichnung und Schätzung kann als ein die Pflichtteilsklage vorbereitender Anspruch gemäß § 2213 nur gegen den Erben, nicht auch gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden (**RG. 50** 225). Zur Zwangsvollstreckung in den von dem TV. verwalteten Nachlaß bedarf es nur der Verurteilung des TV. zur Duldung dieser Zwangsvollstreckung (§ 748 Abs. 3 ZPO.).

2. KGBl. **10** 39 (KG. III. ZS.). Der Erbe ist nicht berechtigt, die Aufnahme eines ordnungsmäßigen Nachlaßverzeichnisses davon abhängig zu machen, daß der Pflichtteilsberechtigte die hierfür aufzuwendenden Kosten verauslage.

3. OLG. **21** 343 (Braunschweig). Hat der Pflichtteilsberechtigte das ihm im Testamente des Erblassers zugewendete Vermächtnis angenommen, so hat

er sich damit der testamentarischen Anordnung unterworfen und auf die ihm nach § 2314 zustehenden Rechte verzichtet.

4. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 2325.

§ 2316. 1. **RG. 72** 379, 383, JW. **10** 188, R. **10** Nr. 731. Bei der Berechnung des Pflichtteils dürfen nur Nachlaßschulden, die schon beim Tode des Erblassers vorhanden waren oder später entstanden sind, nicht auch andere Nachlaßausgaben verrechnet werden.

2. Vgl. auch zu § 2057 BGB.

§ 2325. 1. SächsRpflA. **10** 70 (Dresden). Als Dritter im Sinne des § 2325 Abs. 1 ist jeder andere, außer dem Pflichtteilsberechtigten, also auch ein anderer Pflichtteilsberechtigter anzusehen.

2. HansGZ. **10** Beibl. 224 (Hamburg). Die auf § 2325 gestützte Klage auf den „außerordentlichen Pflichtteil" ist gegen die Erben zu richten.

3. **RG. 73** 369, JW. **10** 391, R. **10** 1398, 1399. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch der §§ 2325 ff. ist grundsätzlich nichts anderes als der Pflichtteilsanspruch und unterliegt daher grundsätzlich allen Bestimmungen, die für den ordentlichen Pflichtteilsanspruch gegeben sind. Deshalb finden auch die Bestimmungen des § 2314 und die über die Tragung der Pflichtteilslast, die Verjährung und die Entziehung des Pflichtteils entsprechende Anwendung. Allerdings werden sich die besonderen Verpflichtungen, die das Gesetz dem Erben gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten auferlegt, im Falle des außerordentlichen Pflichtteilsergänzungsanspruchs (§ 2329) nicht ohne weiteres auf den Beschenkten übertragen lassen. Eine entsprechende Anwendung des § 2314 kann aber nicht schon deshalb verneint werden, weil es sich bei Schenkungen nicht um den Bestand des Nachlasses handle; denn wenn die verschenkten Gegenstände auch nicht mehr zum greifbaren Bestande des Nachlasses im Sinne des § 2311 gehören, so sind sie doch gemäß §§ 2325, 2327 dem Nachlasse „hinzuzurechnen". Auch Erwägungen allgemeiner Natur können nicht dazu führen, die im § 2314 dem Erben auferlegte Auskunftspflicht auf den eigentlichen Pflichtteilsanspruch zu beschränken. Gerade auf dem Gebiete des Erbrechts enthält das Auskunftsverlangen keinen unbilligen Gewissenszwang (**RG. 58** 93). Andererseits darf es nicht in Schikane ausarten (**RG. 62** 111). Die Auskunftspflicht des Erben, die selbstverständlich nicht weitergeht, als sein Wissen reicht, erschöpft sich zunächst in der Vorlegung eines Verzeichnisses nach § 260 Abs. 1 BGB. Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 kann er zur Eidesleistung angehalten werden.

4. OLG. **21** 342 (Braunschweig). Der Grund, der zu einer ausdehnenden Auslegung des § 2314 dahin nötigt, daß unter Abkömmlingen des Erblassers der Erbe auch über die ausgleichspflichtigen Zuwendungen Auskunft zu geben habe (**RG. 58** 93, **73** 373), zwingt auch dazu, die Auskunftspflicht auf Schenkungen zu beziehen, die nach §§ 2325 ff. dem Nachlasse hinzugerechnet werden müssen. Dagegen gibt es ein Erinnerungsverfahren gegen die Richtigkeit des bereits aufgestellten Verzeichnisses oder einen Klaganspruch auf dessen Vervollständigung nicht. Anders würde es nur sein, wenn das Verzeichnis wegen Unklarheit als eine Erfüllung der Vorschrift überhaupt nicht angesehen werden könnte oder wenn nach den eigenen Behauptungen des Erben die Unvollständigkeit zutage läge.

§ 2329. HansGZ. **10** Beibl. 225 (Hamburg). Die gegen den Schenknehmer aus § 2329 angestellte Klage hat, außer der allgemeinen Bedingung der Verletzung des Pflichtteilsrechts, zur besonderen Voraussetzung, daß die Erben zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet sind. Denn nur insoweit, als sie dies nicht sind, könnte der Pflichtteilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.

§ 2332. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1046, BayRpflZ. **10** 450, JW. **10** 820, R. **10** Nr. 3020. Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs beginnt auch dann von dem im § 2332 vorausgesetzten Zeitpunkte der eigenen Wissenschaft des Pflichtteilsberechtigten an, wenn das Pflichtteilsrecht einer Ehefrau zusteht und sie nach dem für ihre Ehe geltenden Güterstande zur Verfügung über den Anspruch und darum auch zur Erhebung der Pflichtteilsklage nicht befugt ist. Die Vorschrift des § 2332 bildet bereits eine Ausnahme von der Regel des § 198 Abs. 1 BGB., daß die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, auch ohne daß der Berechtigte von der Entstehung des Anspruchs oder von dem die Entstehung des Anspruchs begründenden Umständen Kenntnis erlangt. Irgendwelche weiteren im Gebiete des Erbrechts liegenden Vorschriften, durch die der Beginn der Verjährung zum Nachteile des Pflichtteilsschuldners noch von anderen Voraussetzungen als der persönlichen Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten abhängig gemacht oder seine Kenntnis durch die einer anderen Person ersetzt würde, bestehen nicht. Nur außerhalb des Erbrechts könnten entweder die allgemeinen Vorschriften über die gesetzliche Vertretung geschäftsunfähiger oder gewaltunterworfener Personen oder die Vorschriften über den Einfluß des ehelichen Güterrechts auf die Vermögensrechte der Ehegatten Abweichungen mit Bezug auf die Person, in der die nach § 2332 maßgebende Kenntnis entstehen muß, zur Folge haben. Wenn in dieser Beziehung das Berufungsgericht den §§ 1406 Ziff. 1, 1453 BGB. entnimmt, daß ihnen gegenüber dem Pflichtteilsanspruch ein höchstpersönlicher Charakter beiwohne, so kann darin eine Gesetzesverletzung nicht erblickt werden.

2. SeuffA. **65** 25, R. **10** Nr. 1603 (Braunschweig). § 2332 kennt nur eine Verjährungsfrist für den Pflichtteilsanspruch schlechthin, worunter alle auf Grund des Pflichtteilsrechts möglichen Ansprüche, mögen sie auf Grund des § 2303 oder der §§ 2305 oder 2306 erhoben sein, zu verstehen sind. Durch die Erhebung der Pflichtteilsergänzungsklage wird daher auch die Frist für die Erhebung der auf den vollen Pflichtteil gerichteten Klage gewahrt.

§ 2333. Nr. 5. **RG.** R. **10** Nr. 732. Hat ein Erblasser seiner Tochter wegen unsittlichen Lebenswandels den Pflichtteil entzogen, so kann die Tochter die Pflichtteilsentziehung nicht dadurch wieder abwenden, daß sie nach dem Tode des Erblassers das Konkubinat, in dem sie lebt, in eine Ehe umwandelt.

§ 2335. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **8** zu § 2335 — auch BayOb. LG. **10** 480.

2. Vgl. auch o. Ziff. 2 zu § 1931 BGB.

§ 2337. *Klein, ÖstZBl. **29** 97 ff., bespricht Wesen und Rechtswirkungen der in einem Testament ausgesprochenen Verzeihung vom Zeitpunkte der Testamentserrichtung an.

§ 2338. 1. OLG. **21** 344 (KG., III. ZS.). Die Bestimmung eines Testaments „Meinen Sohn enterbe ich in guter Absicht, weil er ein Trinker ist", ist nach § 2338 unwirksam, weil die Trunksucht nicht zu den darin angegebenen Gründen gehört, und kann auch nach § 2333 Ziff. 5 nicht bestehen, da von einer „Ehrlosigkeit" oder „Unsittlichkeit" des Lebenswandels nur gesprochen werden kann, wenn ein Verschulden des Pflichtteilsberechtigten vorliegt, nicht aber, wenn er nur eine krankhafte Neigung zum Alkohol hat. Die letztwillige Verfügung kann aber als solche bestehen, soweit sie gewisse Zuwendungen und eine bedingte Erbeinsetzung des Pflichtteilsberechtigten für den Fall, daß er sich dauernd bessert, anordnet (§§ 2087, 2074—2076). Eine bedingte Verfügung ist zwar während des Schwebens der Bedingung überhaupt keine Einsetzung oder Bedenkung, die Folge davon ist aber nur, daß der bedingt eingesetzte Pflichtteilsberechtigte ohne Rücksicht auf die Einsetzung seinen Pflichtteil verlangen kann, indem er den nur bedingt zugewiesenen Erbteil ausschlägt (§ 2306).

2. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2271 BGB.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2339. Die Entsch. des **RG.** — JDR. 8 zu § 2339 Nr. 4 — auch **RG. 72** 207, SeuffA. **65** 285.

§ 2342. Die Entsch. des **RG.** — JDR. 8 zu § 2342 — auch GruchotsBeitr. **54** 653, SeuffA. **66** 111.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist (zu § 2368) die Entsch. des RG. über die Legitimation des Testamentsvollstreckers auch ohne die Vorlegung des ihm über seine Ernennung erteilten Zeugnisses. — Endemann (vgl. Ziff. 4 zu § 2353) hat aufs neue die Frage zur Erörterung gebracht, auf wessen Namen ein Erbschein auszustellen ist, wenn ein Miterbe seinen Erbanteil gemäß § 2033 BGB. veräußert hat.

Literatur: Köppen, R. **10** 237, Wie ist ein Urteil zu vollstrecken, durch das der Schuldner zur Beschaffung eines Erbscheins nach seinem Erblasser verurteilt wird?

§ 2353. 1. Form des Antrags. OLG. **21** 323 (KG.). Der Antrag auf Erteilung des Erbscheins bedarf keiner besonderen Form und kann daher auch außerhalb einer Erbscheinsverhandlung gestellt werden.

2. Antrags- und Beschwerderecht. **a)** Des Vollstreckungsgläubigers. KGJ. **38** A 155, OLG. **20** 346, DJZ. **10** 372 (KG.). Auf Grund eines „gegen ursprünglich den X., nunmehr nach dessen Ableben gegen seine Erben" erwirkten, auf Zahlung einer Geldsumme lautenden vollstreckbaren Urteils beantragte der Gläubiger die Erteilung eines Erbscheins nach X. Der Antrag wurde abgelehnt, weil das Urteil mangels namentlicher Bezeichnung der Erben (ZPO. § 750) kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel sei. Das KG. mißbilligt dies. Der Nachweis, daß der Gläubiger die rechtliche Möglichkeit hat, eine Zwangsvollstreckung herbeizuführen, wird durch die Vorlegung eines vollstreckbaren Titels erbracht. Die Prüfung, ob im Einzelfalle die Zwangsvollstreckung auf Grund des Titels stattfinden kann, steht nicht dem Erbscheinsrichter, sondern den Vollstreckungsorganen, im Streitfalle dem Prozeßrichter zu. Der Vollstreckungsgläubiger kann die Erteilung des Erbscheins gerade zu dem Zwecke begehren, um eine dem § 750 ZPO. entsprechende Klausel gemäß § 727 ZPO. zu erwirken (KGJ. **29** 74). **b)** Des Nichterben. DJZ. **10** 655 (BayObLG.). Der Nichterbe, den das Nachlaßgericht für den Erben hält, kann die Anordnung der Erteilung eines ihn als Erben bezeichnenden Erbscheins mit Beschwerde anfechten. **c)** Vgl. auch o. die Entsch. des KG. zu §§ 1964, 1965.

3. Inhalt des Erbscheins. OLG. **21** 346 (KG.). Ein Erbschein ist nur dann eine brauchbare Unterlage für den Grundbuchverkehr (§ 36 GBO.), wenn er sich unzweideutig über das Erbrecht ausspricht.

4. Insbesondere auf den Namen des Erwerbers eines Erbanteils. **a)** Endemann, JW. **10** 89 (gegen **RG. 64** 173). Hat ein Miterbe seinen Erbanteil nach § 2033 veräußert, so ist der Erbschein auf den Namen des Erwerbers auszustellen. Das BGB. versteht unter „Erbe" nicht stets und notwendig den Erstberufenen, z. B. im Falle der Ausschlagung der Erbschaft und der Erbunwürdigkeit, aber auch im Falle der Nacherbfolge. Miterbe ist, wem ein Anteil am ungeteilten Nachlasse zusteht; ob er diesen Anteil durch Berufung oder nach § 2033 erworben hat, ist gleichgültig: für die Miterbenberechtigung entscheidet nur die Tatsache des vollzogenen Erwerbes hinsichtlich des Erbanteils. Anderenfalls würden auf den Erwerber des Erbanteils auch die §§ 2042 ff. nicht Anwendung finden können und er würde auch für den Erbschaftsanspruch nicht als der rechte Aktiv- und Passivbeteiligte in Betracht kommen, vor allen Dingen würde ihm die Möglichkeit genommen sein, sich als der Berechtigte zu legitimieren, während der Veräußerer

auf Grund des ihm erteilten Erbscheins widerrechtlich über den veräußerten Erbteil verfügen könnte. b) Vgl. dazu die Bemerkungen DNotV. **10** 371 u. von du Chesne, PosMSchr. **10** 127, der Endemann zustimmt, weil der Erbschein dazu bestimmt sei, nicht den Erben des Erblassers (im quasi-familienrechtlichen Sinne), sondern den derzeitigen Inhaber des Nachlaßvermögens auszuweisen.

§ 2354. 1. OLG. **21** 347 (KG.). Die Angabe der Todeszeit dahin, der Erblasser sei im August 1909 gestorben, reicht aus, wenn dem Antrage die Sterbeurkunde beigefügt ist, da hierin eine zulässige Bezugnahme auf das in dieser angegebene Datum zu finden ist.

2. KGJ. **39** A 92 (KG.). Die nach § 2354 Ziff. 3 abzugebende Erklärung braucht sich nicht formelhaft den Gesetzesworten anzuschließen, vielmehr genügt eine Angabe der einzelnen Tatumstände, aus der sich unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs und des Zweckes der Erklärung ein dem Gesetz entsprechender Inhalt ergibt. Das Nachlaßgericht darf entfernte Möglichkeiten, wie das Vorhandensein unehelicher Kinder einer verheirateten Frau, nur dann in Betracht ziehen, wenn das vom Antragsteller vorgebrachte oder sonst bekannte Tatsachenmaterial dazu Anlaß gibt.

§ 2356. 1. OLG. **21** 348, KGJ. **39** A 99, NaumburgAK. **10** 52 (KG.). Im Erbscheinsverfahren ist die Beibringung der Heiratsurkunde der Eltern erforderlich, wenn einer der Ehegatten Miterbe ist, da nur die Heiratsurkunde die Eheschließung der Eltern beweist (Hinschius-Boschan Anm. 11 zu § 15 PStG.).

2. Salberg, BayRpflZ. **10** 114, tritt RJA. **9** 84 (Colmar) — JDR. **6** Ziff. **1c α, 71** — bei, wonach der Wegfall eines verschollenen Erben nicht notwendig durch ein zum Zwecke der Todeserklärung erwirktes Ausschlußurteil nachgewiesen zu werden brauche, zumal durch die Todeserklärung kein Nachweis dafür erbracht werde, daß der Verschollene keine Abkömmlinge habe, obwohl dieser Nachweis im Erbscheinsverfahren ebenso wichtig sei. Die Lebensvermutung gelte nur bis zu dem Zeitpunkte, der nach § 18 Abs. 2 BGB. in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittelungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen sei (§ 19 BGB.).

§ 2357. 1. * Eberhard, R. **10** 239. Ein gemeinschaftlicher Erbschein kann auch nur für einen Erbstamm ausgestellt werden, und zwar nicht nur als eine Zusammenfassung mehrerer Einzelerbscheine, sondern auch als ein echter gemeinschaftlicher Erbschein auf Antrag eines der Erben des Erbstammes.

2. KGJ. **38** A 50 (KG.) leitet gegenüber der herrschenden Ansicht, daß in dem Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins nicht unbedingt die Erklärung der Erbschaftsannahme zu finden sei, Bedenken aus der Fassung des § 2353 BGB. her, wo unter „dem Zeugnis über das Erbrecht" nicht wohl das nur vorläufige, durch Ausschlagung noch rückgängig zu machende Erbrecht verstanden sein könne, ferner aus dem Zwecke des ganzen Instituts (§§ 2365 bis 2367) und der durch innere Gründe nicht zu rechtfertigenden Unterscheidung zwischen dem gewöhnlichen und dem gemeinschaftlichen Erbschein und bei letzterem zwischen dem antragstellenden und den übrigen Erben.

3. OLG. **21** 349 (KG.). Der dem Antragsteller nach § 2357 Abs. 3 obliegende Nachweis, daß sämtliche Miterben die Erbschaft angenommen haben (KGJ. **27** A 189), kann unter Umständen durch eine Versicherung an Eidesstatt erbracht werden, doch sind unter Umständen andere Beweismittel geboten, wenn die Versicherung nicht geeignet ist, die Überzeugung zu verschaffen, daß die Erbschaft tatsächlich angenommen sei (§ 2359). Dies trifft zu, wenn der Antragsteller selbst in der Versicherung erklärt, daß der Aufenthaltsort eines oder mehrerer Miterben unbekannt sei. In diesem Falle muß er alle zum Tatbestande der fingierten Annahme erforderlichen Tatsachen (§§ 1943, 1944) angeben und nachweisen (vgl. Freudenthal, BayRpflZ. **06** 11). Die öffentliche Zustellung einer

Klageschrift rechtfertigt nicht den Schluß, daß der Inhalt der Klageschrift und die Tatsache ihrer Berufung zur Erbschaft den Miterben unbekannten Aufenthalts bekannt geworden sei. Steht fest, daß die abwesenden Erben den Erbanfall erlebt haben (§ 1923 Abs. 1), so kann ihnen nach § 1911 ein Abwesenheitspfleger bestellt werden. Desgleichen kann ein gemäß § 1961 für die Erbteile der unbekannten Erben bestellter Nachlaßpfleger zwar keine erbrechtlichen Erklärungen abgeben, wohl aber eine Grundbucheintragung bewilligen.

§§ 2358, 2359. Haberstumpf, BayNotZ. **10** 156. Der Umstand, daß ein Miterbe ohne jede tatsächliche Begründung die Behauptung aufstellt, der Erblasser sei zur Zeit der Testamentserrichtung nicht in vollem Besitze seiner Geisteskräfte gewesen, und daher das Testament nicht anerkennen zu wollen erklärt, berechtigt das Nachlaßgericht nicht, die Beteiligten auf einen Anfechtungsprozeß zu verweisen, den sie gar nicht führen wollen. Vielmehr stehen dem Nachlaßgerichte nur zwei Wege offen: Entweder es hält das Testament für rechtsgültig, da ein Anhaltspunkt für die Rechtsungültigkeit nicht vorliege (v. d. Pfordten, SeuffBl. **03** 512), dann hat es den Erbschein auf Grund des Testaments zu erteilen, oder es hat Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Erblassers, dann muß es nach §§ 2358, 2359 die zur Lösung dieses Zweifels geeigneten Beweise aufnehmen.

§ 2358. 1. KGJ. **38** A 118, DJZ. **10** 428 (KG.). Wird die Erteilung eines Erbscheins auf Grund der gesetzlichen Erbfolge beantragt, so hat das Nachlaßgericht, falls eine dem gesetzlichen Erbrechte des Antragstellers entgegenstehende letztwillige Verfügung auf Grund der §§ 2078, 2074 BGB. angefochten ist, darüber zu entscheiden, ob die Anfechtung begründet ist.

2. ElsLothNotZ. **10** 350 (Colmar). Das Nachlaßgericht hat zutreffendenfalls von Amts wegen zu prüfen, ob nicht durch die vorliegenden Tatsachen die Vermutung des § 1720 Abs. 2 BGB. widerlegt wird.

3. SächsOLG. **31** 178 (Dresden). Das Nachlaßgericht ist bei der Auslegung eines Testaments von der Meinung der Beteiligten unabhängig.

4. Vgl. auch Ziff. 1 zu §§ 1964, 1965 BGB.

§ 2359. *Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren (Festgabe für Gierke) 163 ff. Über die Bindung des Nachlaßrichters an die materielle Rechtskraft und die sonstigen Wirkungen eines Urteils vgl. das zu ZPO. § 322 Gesagte.

§ 2360. Abs. 2. KGJ. **38** A 152, PosMSchr. **09** 147 (KG.). Die Vorschrift des § 2360 Abs. 2 bezieht sich sowohl auf den Fall, daß die das Erbrecht begründende (öffentliche oder private) Urkunde aus irgendeinem Grunde nicht vorgelegt werden kann, wie auch auf den Fall, daß die Urkunde nur eine Privaturkunde, also ein eigenhändiges oder ein nach §§ 2250, 2251 BGB. vor drei Zeugen errichtetes Testament ist.

§ 2361. 1. OLG. **21** 351 (KG.). Nicht schon ein tatsächliches Interesse, sondern nur die Beeinträchtigung eines Rechtes gibt einem Dritten das Recht, wegen Nichteinziehung eines Erbscheins Beschwerde zu erheben (§ 20 FGG.).

2. a) Rost, DJZ. **10** 1230. § 2361 findet auf das im § 37 RGBO. vorgesehene Zeugnis keine analoge Anwendung. b) Dagegen Josef, R. **11** 135: Die gemäß § 37 RGBO. ausgestellten Zeugnisse stehen in bezug auf die Kraftloserklärung dem Erbscheine gleich (§ 84 FGG.).

§ 2362. *Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren (Festgabe für Gierke) 205 ff. Mit der Rückgabe an das Nachlaßgericht auf Grund des Urteils wird der Erbschein kraftlos; das Nachlaßgericht darf keine neue Ausfertigung desselben Erbscheins erteilen.

§ 2363. OLG. **21** 352 (KG.). Auch der Nacherbe kann die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins beantragen. Ihm ist durch § 2363 Abs. 2 das im § 2362

Abs. 1 bestimmte Recht eingeräumt, von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. Wenn §2361 im §2363 nicht mit angeführt ist, so hat dies seinen Grund darin, daß der § 2361 nur von der von Amts wegen zu bewirkenden Einziehung eines unrichtigen Erbscheins spricht. — Das Nachlaßgericht hat festzustellen, wem zur Zeit der Ausstellung des Erbscheins das Nacherbfolgerecht zukam; der Widerspruch Sorgenfreys, DJZ. **07** 422, — JDR. **6** Ziff. **3** zu § **2363** — scheitert an dem Wortlaute des § 2363.

§ 2368. 1. Zeugnis über die Annahme des T. V.-Amtes. Die Entsch. des KG. — JDR. 8 Nr. 3 zu § 2368 — auch KJG. **38** A 129, 136, SeuffBl. **10** 38.

2. Voraussetzung der Erteilung des T. V.-Zeugnisses. OLG. **21** 357 (KG.). Das Vollstreckerzeugnis ist nur zu erteilen, wenn die die Anordnung der Vollstreckung enthaltende Verfügung formell und materiell giltig ist (§ 2359). Ist daher (gegenüber der Bindung des Erblassers durch ein mit seiner ersten Frau errichtetes gemeinschaftliches Testament) die Erbeinsetzung der zweiten Frau nur in Höhe des dieser zustehenden Pflichtteils wirksam, so gilt nach § 2306 die Anordnung der Testamentsvollstreckung als nicht erfolgt.

3. Inhalt des Zeugnisses. OLG. **21** 355 (KG.). Das nach § 2368 ausgestellte Vollstreckerzeugnis reicht, da es die Namen der Erben nicht enthält, nicht aus, wenn der Vollstrecker ein Grundstück für die Erben erwerben will und daher die Namen der Erben im Grundbuch einzutragen sind.

4. Legitimation durch das Zeugnis. a) **RG.** JW. **10** 802, WarnE. **3** 364, R. **10** Nr. 2847. Weder aus dem Wortlaute, noch aus dem Sinne und Zwecke des §2368 ist zu entnehmen, daß der Testamentsvollstrecker seine Legitimation Dritten gegenüber nur mittels des im § 2368 vorgesehenen gerichtlichen Zeugnisses darzutun vermöge. Von diesem Zeugnisse muß dasselbe wie von dem Erbscheine gelten, für diesen besteht aber keine Bestimmung, wonach (allgemein) nur durch diesen Schein der Nachweis der Erbfolge erbracht werden könnte (**RG. 54** 344, Urt. v. 19. Sept. 1900, V. 122/00; Beschluß v. 19. Nov. 1901, VII B. 121/01; Urt. v. 25. Nov. 1907, IV. 164/07). Deshalb besteht für den Nachweis der Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers im Prozesse keine Beschränkung in der Art der Beweismittel. Der TV. ist nicht bevollmächtigter Vertreter des Erben; er bekleidet ein Amt (privatrechtlicher Natur), handelt vermöge eigenen, durch dieses Amt ihm übertragenen Rechtes und ist im Prozesse als Partei zu betrachten (**RG. 56** 330, **61** 145). Deshalb könnten auf den Nachweis seiner Legitimation zur Prozeßführung nicht die Vorschriften des BGB. über Vollmacht (§§ 167 ff.) oder die der ZPO. über die Legitimation von gesetzlichen Vertretern (§ 56) oder von Prozeßbevollmächtigten (§§ 79 ff.) maßgebend sein. **b) RG.** WarnE. **3** 447, R. **10** Nr. 3903. Bestehen Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, so ist nach §372 BGB. der Schuldner zur Hinterlegung der geschuldeten Leistung befugt. S. a. zu § 372 Ziff. 2.

5. Keine Kraftloserklärung des Zeugnisses. OLG. **21** 359 (KG.). Da mit der Beendigung des Amtes das Testamentsvollstreckerzeugnis von selbst kraftlos wird, entfällt die Zulässigkeit, es noch für kraftlos zu erklären.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

Literatur: Pringsheim, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. Zur Auslegung von § 2033 Abs. 1 BGB. (Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, Heft 32) 1910. (Mit Selbstberichten des Verfassers).

§ 2371. 1. OLG. **21** 360 (Posen). Zum Verkaufe der ihm angefallenen Erbschaft ist nur der Erbe, daher der mit ihm in Gütergemeinschaft lebende Ehegatte jedenfalls nicht ohne seine Zustimmung befugt.

2. * Pringsheim, Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils 41 ff. Verkauf dessen, was der Miterbe bei der Auseinandersetzung empfangen hat, ist kein Erbschaftskauf im Sinne der §§ 2371 ff. (46 ff.) Ein Bruchteil der Erbschaft kann wie diese selbst verkauft und übertragen werden; dies hat eine Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff.), nicht eine Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff.) zur Folge.

§ 2372. * Pringsheim aaO. 78 ff. Der Erwerber eines Erbteils ist ausgleichspflichtig und -berechtigt.

§ 2373. * Pringsheim aaO. 90 ff. Familienpapiere und Familienbilder bleiben trotz Erbteilsübertragung und trotz Auseinandersetzung in der Gesamthandgemeinschaft der ursprünglichen Miterben. Kein Miterbe hat ein Recht auf ihre Teilung oder auf Übertragung des Anteils an ihnen. Gemeinschaftliche Verfügungen über sie sind ebenso wie eine gemeinschaftliche Auseinandersetzung bezüglich ihrer (auch im Wege der Einführung einer Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff.) zulässig.

§ 2379. 1. * Pringsheim aaO. 85 ff. Im Verhältnisse zwischen dem Erwerber eines Erbteils (§ 2033 Abs. 1) und dem Miterben, der veräußert hat, ist der Erwerber berechtigt, soweit Früchte von der Miterbengemeinschaft gezogen und verblieben sind. Bereits geteilte Früchte verbleiben dem Miterben trotz Erbteilsübertragung ebenso wie der bereits fällige Anspruch auf Ausantwortung des Teiles der Früchte eines Jahres.

2. **RG. GruchotsBeitr. 55** 364, JW. **10** 998, WarnE. **3** 423, R. **10** Nr. 4110. § 2379 Satz 3 gibt in Wahrheit keine Auslegungsregel, sondern enthält einen, allerdings nachgiebigen Rechtssatz, der so lange maßgebend ist, als nicht die Parteien seine Anwendung rechtsgeschäftlich, und zwar in gültiger Weise, ausgeschlossen haben.

3. OLG. **21** 360 (München). Enthält die notarielle Beurkundung eines Erbschaftskaufs keine besondere Vereinbarung über die Tragung der Erbschaftssteuer, so tritt die gesetzliche Regel des § 2379 Satz 3 BGB. ein. Abweichenden mündlichen Vereinbarungen kommt keine Wirksamkeit zu.

§ 2381. * Pringsheim aaO. 88 ff. Für den Erbteilskauf kommen nur Verwendungen auf den Erbteil in Betracht, nicht solche auf dem Miterben bereits zugeteilte Nachlaßgegenstände. Aus notwendigen Verwendungen für den Nachlaß erwächst dem Miterben eine Nachlaßforderung, die sich auch gegen den Erbteilskäufer richtet.

§ 2382. * Pringsheim aaO. 51 ff. Die Regeln des Erbschaftskaufs über die Schuldenhaftung finden auch auf den Erbteilskauf Anwendung.

§ 2385. 1. Die Entsch. des RG. — JDR. **8** zu § 2385 — auch **RG. 72** 209, RheinNotZ. **55** 53.

2. **RG. GruchotsBeitr. 55 364**, JW. **10** 998, WarnE. **3** 423, R. **10** Nr. 4111, 4112. Auch ein Erbvergleich kann unter Umständen einen Erbschaftskauf oder eine ähnliche Erbschaftsveräußerung enthalten. (Vgl. JW. **05** 721, **RG. 72** 209).

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Internationales Privatrecht.

Literatur: Meili, Die Hauptfragen des internationalen Privatrechts. 1910.

Artt. 7—31. Allgemeines. Niemeyer, Vom Wesen des internationalen Rechtes, ZIPR. **20** 1 ff. (bespricht Nationalismus und Internationalismus). Cybichowski, Die Bestandteile des internationalen Privatrechts, das. 367 ff. Spethmann, Über die Begründetheit des Nationalitätsprinzips im internationalen Privatrechte, das. 503 ff.

Art. 10. Deumer, Ausländische Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ZIPR. **20** 358 ff., bespricht die Rechtsstellung solcher Vereinigungen im Inlande, besonders die Statutenkollision auf genossenschaftsrechtlichem Gebiete. Es gelten dafür die allgemeinen Grundsätze des IPR. Inländische Zweigniederlassungen ausländischer Genossenschaften sind zulässig, die ausländischen Genossenschaften müssen aber anerkannt und zugelassen sein. Die Zweigniederlassungen müssen gemäß § 14 GenG. und § 201 Abs. 5 HGB. eingetragen werden.

Art. 11. I. *Klein, Zum Internationalen Privatrechte, III. Abhandlung. Zu EGBGB. Art. 11 Abs. 2, SeuffBl. **10** 272—280. Da richtiger Auffassung nach Art. 11 Abs. 2 nur für dingliche Rechtsgeschäfte gilt, ferner BGB. § 313 keine internationalrechtlich zwingende Norm im Sinne des Art. 30 EGBGB. ist, so kann in einem Auslandsstaate, nach dessen Recht obligatorische Veräußerungsverträge über Immobilien formlos oder schlicht schriftlich abgeschlossen werden können, auch über ein in Deutschland gelegenes Grundstück ein in Deutschland wirksamer obligatorischer Veräußerungsvertrag formlos oder schlicht schriftlich abgeschlossen werden. Dagegen steht es den Parteien nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 nicht frei, die Formvorschrift des § 313 dadurch zu umgehen, daß sie vereinbaren, der Veräußerungsvertrag über das in Deutschland gelegene Grundstück solle einem ausländischen Rechte unterworfen sein, das keine oder eine leere Formvorschrift enthält. Weil dem deutschen Publikum heute die Formvorschrift BGB. § 313 hinlänglich bekannt ist, kann es vorkommen, daß (im Auslande) kein Kaufvertrag zustande gekommen ist, da der Deutsche (im Ausland) im Glauben, ein bindender obligatorischer Vertrag über ein deutsches Grundstück könne nur in den Formen des § 313 BGB. abgeschlossen werden, die von ihm abgegebene mündliche Erklärung als eine unverbindliche auffaßte.

II. Rechtsprechung (vgl. zu Artt. 27, 30). 1. **RG.** JW. **10** 746 Nr. 2, R. **10** Nr. 3021. Daraus, daß im Prozesse die Prozeßbevollmächtigten die Rechtsbeziehungen ihrer Parteien einem bestimmten Rechte unterstellen, darf nicht gefolgert werden, daß die Parteien auch bei Begründung des Rechtsverhältnisses das betreffende Recht als für sie maßgebend haben betrachtet wissen wollen. Demnach kann ein nach den Gesetzen des Ortes des Vertragsabschlusses formell gültiger Vertrag deshalb auch nicht insoweit als ungültig angesehen werden, weil er in seiner Form nicht dem Gesetze des Ortes entsprach, wo er möglicherweise auch noch weitere — dingliche — Wirkungen hätte äußern können (rheinisches Recht, ALR.).

2. **RG.** R. **10** Nr. 3963. Das Recht des Erfüllungsorts des Verkäufers ist ein einheitliches für alle Verpflichtungen des Verkäufers, so auch für die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung (JW. **03** 184 Nr. 42).

3. **RG.** LeipzZ. **10** 623 Nr. 25. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. kommt es für die Verjährung bei Schuldverhältnissen auf das Recht an, dem das Rechtsverhältnis untersteht (**RG.** **1** 126, **6** 25, **9** 225).

4. **RG.** JW. **10** 181. Die Frage, welchen Umfang die Vertretungsmacht eines Agenten hat, ist vom RG. ständig nach dem Rechte des Ortes beurteilt worden, wo der Agent seine Geschäftstätigkeit entfaltet, die Agentur ihren Sitz hat (**38** 196, **51** 149).

5. **RG.** **73** 379 ff., HansGZ. **10** Beibl. 193, JW. **10** 612 Nr. 1, R. **10** Nr. 2208 bis 2210. Wenn bei Schuldverhältnissen aus Verträgen die Anwendung örtlich verschiedener Rechte in Frage steht, so ist im Zweifel, d. h. sofern kein gegenteiliger Vertragswille der Parteien sich ergibt, das Recht des für die streitige Verpflichtung gegebenen Erfüllungsorts, in dem die wichtigste örtliche Beziehung des Schuldverhältnisses liegt, als maßgebend anzusehen (**RG.** **9** 427, **14** 239, **55** 108, **66** 75). Vorab ist zu prüfen, ob die Parteien nicht das ganze Vertrags-

verhältnis einem einheitlichen Rechte haben unterstellen wollen. Dabei ist zu beachten, was sie bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände, wäre ihnen die Frage entgegengetreten, mutmaßlich über das anzuwendende Recht bestimmt haben würden (**RG. 68** 205, R. 08 Nr. 2192). Abgesehen von den Vorschriften der Artt. 11 und 30 EG. enthält das BGB. und auch das EG. keine Bestimmung über die Frage, welches örtliche Recht bei gegenseitigen Verträgen, die zwischen einem Inländer und Ausländer abgeschlossen und teilweise im Auslande zu erfüllen sind, von dem deutschen Gericht anzuwenden ist. Es sind daher insoweit die bisher in Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätze des internationalen Privatrechts anzuwenden. Dafür, daß für den Kauf nicht das nach internationalem Privatrechte zu bestimmende örtliche, sondern unter allen Umständen deutsches Recht gelten solle, liegt kein Anhalt vor.

6. **RG.** R. **10** Nr. 3358. Die Anwendung des deutschen Rechtes bei einem von Deutschen in Deutschland abgeschlossenen Vertrage wird nicht dadurch gehindert, daß unter den betroffenen Vermögenswerten sich ein einzelnes ausländisches Grundstück befindet. Es genügt, wenn die Parteien sonst zum Ausdrucke gebracht haben, daß sie das ganze Rechtsverhältnis einheitlich dem deutschen Rechte haben unterwerfen wollen.

7. ElsLothJZ. **10** 403, RheinZ. 2 387 ff. (Colmar). Die Anfechtbarkeit eines Vertrags richtet sich nach demjenigen Rechte, welches überhaupt für den Vertrag materiell maßgebend ist. Die Wirkungen eines streitigen Erbteilungsvertrags sind nach dem Rechte zu beurteilen, nach welchem die Erblasserin beerbt worden ist, da dieses Recht nicht nur über die Frage entscheidet, wer Erbe wird, sondern die gesamten, durch den Erbfall bedingten Rechtsverhältnisse, besonders auch die Teilung der Erbschaft beherrscht.

8. SeuffBl. **09** 781, R. **10** Nr. 110 (München). Unterwerfung unter ein ausländisches Schiedsgericht in einem Anstellungsvertrag eines Ausländers bei einer ausländischen Gesellschaft für eine inländische Zweigniederlassung deutet auf die Anwendung ausländischen Rechtes auch für die Vertragsauslegung.

9. OLG. **20** 177 (Colmar). Ist nichts Abweichendes vereinbart, so ist das Recht des Erfüllungsorts auf die Wandelung des Käufers und ihre Rechtsfolgen anzuwenden.

10. DJZ. **10** 151 (Jena). Der Kläger wohnt in Böhmen, der Beklagte in Deutschland. Die Vertragsverhandlungen wurden brieflich geführt. Nach der herrschenden Meinung ist, da Art. 11 EG. über die Entstehung und den Inhalt der Schuldverhältnisse keine Vorschrift gibt, das Personalstatut des Schuldners auf das Schuldverhältnis anzuwenden. In jedem Falle aber sind für die von dem Kläger behauptete Vertragsverpflichtung des Beklagten dessen Heimatgesetze zugrunde zu legen, woraus übrigens, da ÖstHGB. Art. 322 und BGB. §§ 681, 689 denselben Inhalt haben, keine Statutenkollision folgen würde.

Art. 17. HansGZ. **10** Beibl. 51, R. **10** Nr. 3534 (Hamburg). Die Unterhaltspflicht des Mannes und die Verpflichtung der Frau, zu ihrem Manne zurückzukehren, bestimmen sich bei österreichischen Ehegatten, wenn sie ihren Wohnsitz in Deutschland haben, nach deutschem Rechte.

Art. 19. I. Neubecker, ABürgR. **35** 246 ff., Die Unterhaltspflicht im internationalen Rechte. Gutachten über einen Fall des russischen Rechtes.

II. Rechtsprechung. 1. KGJ. **39** A 198. Die Frage, ob der Vater zu einem, kraft seines Rechts zur Sorge für das Vermögen des minderjährigen Kindes vorgenommenen Rechtsgeschäfte der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, betrifft nicht die Geschäftsfähigkeit des Kindes, sondern das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde und ist daher im internationalen Privatrecht nicht nach Art. 7, sondern nach Art. 19 EGBGB. zu entscheiden.

2. ElsLothJZ. **10** 163 (LG. Colmar). Solange der Vater eines Minderjährigen die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, werden die Standesrechte des Minderjährigen und seine Rechtsverhältnisse zum Vater ausschließlich nach deutschem Gesetze beurteilt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Vater neben seiner deutschen Reichsangehörigkeit ein fremdes Bürgerrecht, z. B. das der Vereinigten Staaten für sich und seine minderjährigen Kinder erwirbt und diese nach dem Gesetze des fremden Staates, in welchem der Vater seinen Wohnsitz hat, mit dem 18. Lebensjahre großjährig werden.

Art. 23. Rechtsprechung. 1. KGJ. **39** A 28, R. **10** Nr. 1762, DJZ. **10** 969. Das KG. hat durch Beschluß vom 5. 4. 06 die Grundsätze des internationalen Privatrechts in den Artt. 2—31 EG. auch für das Verhältnis der deutschen Bundesstaaten untereinander als maßgebend erklärt (KGJ. **32** A 26). Damit übereinstimmend hat ein Beschluß vom 9. 8. 06 (OLG. **14** 261) ausgesprochen, daß auch die Berechtigung eines preußischen Vormundschaftsgerichts, gegen einen nichtpreußischen Reichsangehörigen die Fürsorgeerziehung anzuordnen, nach Art. 25 EG. zu beurteilen sei. Diesen Standpunkt hat das KG. als nicht haltbar aufgegeben mit der Begründung, daß die örtliche und sachliche Zuständigkeit auf dem Gebiete der Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) reichsgesetzlich geregelt und jeder minderjährige Deutsche der Zuständigkeit seines Vormundschaftsgerichts auch in Fürsorge-(Zwangs-)erziehungssachen unterworfen sei (KGJ. **31** A 52). Es kann hiernach Art. 23 im Verhältnisse der Bundesstaaten untereinander auf dem Gebiete der Fürsorgeerziehung nicht angewendet werden. Abweichend von dem Beschlusse vom 9. 8. 06 ist anzunehmen, daß die Zuständigkeit in Fürsorgeerziehungssachen für alle Reichsangehörigen durch Art. 135 EG. erschöpfend geregelt und das Vormundschaftsgericht als das für die Maßregel örtlich und sachlich allein zuständige Gericht bestimmt ist, gleichviel, ob der Heimatsstaat zur Übernahme der Fürsorge bereit ist oder nicht. Das Vormundschaftsgericht hat das an seinem Sitze geltende Fürsorgeerziehungsrecht anzuwenden. In Fürsorgeerziehungssachen ist das Personalitätsrecht von der Reichsgesetzgebung selbst durchbrochen worden. Nach Art. 135 EG. ist die Fürsorgeerziehung Vormundschaftssache. Die materiellen Voraussetzungen dafür sind dort reichsgesetzlich festgelegt. Die dem Landesrecht überlassene Regelung betrifft hauptsächlich das Verfahren und die Vollziehung. Für dieses Gebiet gilt allgemein der Grundsatz, daß die Gerichte ihr örtliches Recht anzuwenden haben.

2. R. **10** Nr. 2583 (KG). Das Haager Abkommen zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige vom 12. 6. 02 geht dem Art. 23 EG. vor. Dieser ist nur insoweit anwendbar, als er nicht durch ersteres abgeändert worden ist. Das Haager Abkommen bezieht sich auf jede Art der vormundschaftsgerichtlichen Fürsorgetätigkeit, also auch auf die Pflegschaft des BGB. Auch diese kann im Inlande nur eingeleitet werden, wenn den Vorschriften des Haager Abkommens genügt ist.

Art. 27. I. Levis, Die Einwirkung zwingender Vorschriften des Heimatrechts auf die Rückverweisung des Art. 27 EG., ZJPR. **20** 85 ff. Ist für die Entscheidung einer Frage deutsches Recht gemäß Art. 27 EGBGB. maßgebend, führt aber die Heranziehung der deutschen Vorschriften zu einem Ergebnisse, das mit zwingenden Rechtssätzen des Heimatstaats in Widerspruch steht, so darf dieses Ergebnis nicht gezogen werden; vielmehr hat man hier die Rückverweisung als in ihrer Wirksamkeit gehemmt anzusehen, so daß wieder auf das der Regel nach maßgebende Heimatrecht zurückzugehen ist.

II. Rechtsprechung. SächsRpflA. **10** 373, R. **10** Nr. 3535 (Dresden). Die Regelung des Verkehrs von Kindern aus einer geschiedenen Ehe eines in

Deutschland wohnenden Staatsangehörigen von Neu-Südwales richtet sich nach deutschem Rechte, als dem Rechte des Wohnsitzes, welches nach australisch-englischem Rechte anzuwenden ist.

Art. 29. Mendelssohn-Bartholdy, Das BGB. und seine Nebengesetze, SeuffBl. **10** 49 ff., 91 ff., bespricht S. 92, 95, 96 die Wohnsitzlehre des internationalen Privatrechts, in der besonders streitig ist, ob der Wohnsitz, einerlei ob er im Inland oder Auslande liegt, vom deutschen Gerichte bei der Entscheidung über die zuständige Rechtsordnung immer nach dem deutschrechtlichen Wohnsitzbegriffe festzustellen ist oder ob für die Bestimmung des Wohnsitzes immer die lex loci entscheidet.

Art. 30. Rechtsprechung (vgl. auch zu Artt. 11, 17, 27). 1. **RG. 73** 366 ff., R. **10** Nr. 2584, DJZ. **10** 967. Zur Annahme eines Verstoßes gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes genügt nicht die wenn auch grundsätzliche Verschiedenheit des ausländischen und inländischen Gesetzes, die bei der Anwendung zu entgegenstehenden Entscheidungen führen würde. Die Anwendung des an sich maßgebenden ausländischen Rechtes ist vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn der Unterschied der staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf denen das deutsche und konkurrierende ausländische Recht beruht, ein so erheblicher ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechtes die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde (**RG. 60** 296). Diese Tragweite hat § 289 Abs. 3 HGB. nicht.

2. MecklZ. **27** 334, SeuffA. **65** 1 ff. (Rostock). Eine Vereinbarung zwischen zwei in Deutschland wohnenden Kaufleuten, daß sie sich wegen der Leistung einer in außereuropäischem Getreide bestehenden, nach einem deutschen Hafen zu liefernden Ware für alle Streitigkeiten einem nach englischem Rechte abzugebenden Spruche eines englischen Schiedsgerichts unterwerfen, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

Art. 55. *Wolf, Hessisches Landesprivatrecht, ErgBd. VII zu Dernburgs BürgR. § 2 Ziff. 2. Was privatrechtliche Vorschriften sind, entscheidet sich nach Reichsrecht, nicht nach Landesrecht. Denn den Einzelstaaten fehlt die Befugnis, Begriffe des Reichsrechts näher zu bestimmen. Maßgebend sind daher in erster Linie besondere reichsrechtliche Vorschriften, in zweiter Linie der allgemeine Begriff der Wissenschaft. Die Landesgesetze entscheiden nicht einmal an dritter Stelle. Sie können nur indirekt auf die Grenzziehung Einfluß gewinnen, durch die ihnen zustehende Ausgestaltung der Institute. Das aber ist dem Landesrecht unmöglich, ein Institut willkürlich, ohne Veränderung seines Charakters, für öffentlich- oder privatrechtlich zu erklären. Die Konsequenzen der gegenteiligen herrschenden Ansicht würden sich in hellem Lichte zeigen, wenn es zB. einem Landesgesetze beifallen sollte, den Trödelvertrag für öffentlichrechtlich zu erklären.

Art. 56. Tetzner, Wirksamkeit älterer Staatsverträge mit Auslandsstaaten gegenüber der KO. und ZPO., LeipzZ. **10** 450. Die Reichsjustizgesetze von 1877 enthalten keine ähnliche Bestimmung wie Art. 56 EG. Man wird daher (s. Prot. zu Art. 56) den Grundsatz anerkennen müssen, daß die Reichsjustizgesetze einschlägigen Staatsverträgen der Bundesstaaten (so z. B. einem Staatsvertrage zwischen Sachsen und Österreich vom 6. Januar 1854) ebenso vorgehen, wie sonst ein Reichsgesetz (Art. 2 RV.). Denn kraft der Souveränität des Reichs wird seine gesetzgebende Gewalt nur durch die Reichsverfassung selbst eingeschränkt, und Reichsrecht geht dem Landesrechte vor. Die Bundesstaaten können daher keinen Widerspruch erheben, wenn ihnen das Reich auf dem ihm verfassungsmäßig zustehenden Gebiete der Gesetzgebung Gesetze gibt, welche alten Partikularstaatsverträgen widersprechen. Auch das Ausland kann dem nicht

widersprechen; denn es hat die Verträge und Verfassungen, durch welche sich die Bundesstaaten der Gesetzgebung des Reichs auf bestimmten Gebieten unterworfen haben, vorbehaltlos anerkannt. Auf dem Gebiete des Zivilprozeß- und Konkursrechts geht daher Reichsrecht den Partikularstaatsverträgen vor.

Art. 59. I. Beyerle, Ein Beitrag zum deutschen Fideikommißrecht, JheringsJ. **58** 1.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **10** 116 Nr. 24, BadRpr. **10** 175. Die Vorschriften des badischen Landrechts und seiner Zusatzartikel und Ausführungsbestimmungen kommen für die Rechtsverhältnisse eines im Jahre 1901 begründeten Stammguts nicht in Betracht. Maßgebend sind hierfür nur die Vorschriften des Art. 36 BadAG. Diese hängen mit dem BadLR. nicht im Sinne des § 7 Kais. VO. v. 28. 9. 79 über die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zusammen, sind daher nicht revisibel, gleichviel ob sie mit Landrechtssatz 577 c a ff. übereinstimmen oder nicht (JW. **04** 465 Nr. 1).

2. SeuffA. **65** 231 ff. Nr. 123, R. **10** Nr. 2585 (Darmstadt). Beim Anfalle neuer Stammgüter an das Familienhaupt erhöht sich die Apanage der Nachgeborenen entsprechend dem Einkommenzuwachs. Dies ist nicht unbillig (bestätigt durch Urteil des **RG.** 11. 1. 10).

Art. 62. KGJ. **39 A** 205 ff., OLG. **20** 410. Die im § 6 PrAnsiedlungsG. v. 26. April 1886 und im § 4 PrG. über Rentengüter v. 27. Juni 1890 bezeichneten Verpflichtungen können auch jetzt noch in das Grundbuch über ein Rentengut eingetragen worden. Nach Art. 62 EG. sind die landesrechtlichen Vorschriften über Rentengüter unberührt geblieben. Der Vorbehalt deckt die landesgesetzlichen Vorschriften über Rentengüter nicht nur insoweit, als sie die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen dem Rentengutsverleiher und Rentengutsübernehmer regeln, sondern auch insoweit, als sie die dingliche Belastung des Rentenguts mit Lasten jeder Art zulassen (Prot. **6** 473 ff.).

Artt. 63, 64. Francke, Der bäuerliche Übergabevertrag im heutigen Rechte, R. **10** 399 ff., faßt den bäuerlichen Übergabevertrag auch nach heutigem Rechte als das auf, was er vor 1900 schon nach altpreußischem und gemeinem Rechte gewesen ist, als einen familienrechtlichen, zusammengesetzten Vertrag besonderer Art. Das frühere landwirtschaftliche (bäuerliche) Sonderrecht ist durch Artt. 63, 64, 137 EG. nur in einzelnen Punkten aufrechterhalten worden. Für den bäuerlichen Übergabevertrag kommen noch besonders in Betracht § 98 Abs. 2 BGB. (§ 97), PrAG. Artt. 15 (Leibgedingsverträge bei Grundstücksüberlassungen), 83 (Ertragswert des Landguts in Fällen der Erbfolge), die Landgüterordnungen für Westfalen, Brandenburg, Schlesien, Schleswig und Holstein, Hessen-Cassel von 1883, 1884, 1886, 1889, die Höfegesetze für Lauenburg von 1901 und Hannover vom 28. Juli 1909, ferner das BayAG. v. 9. Juni 1899 Artt. 32—48 (Leibgedingsverträge bei Gutsüberlassungen). Die Rechtsnatur des bäuerlichen Übergabevertrags als eines familienrechtlichen folgt nicht nur daraus, weil diese Verträge regelmäßig zwischen einem Vorfahren, meistens dem Vater und einem Abkömmling oder einem sonstigen Blutsverwandten geschlossen werden, sondern auch daraus, daß sie über die Verteilung von Vermögen eines Vorfahren, sei es das ganze oder einen Teil davon verfügen. — Abgesehen von den vorhin erwähnten Vorschriften des BGB. können noch für den bäuerlichen Übergabevertrag in Betracht kommen: Buch I Abschnitt 3 über Rechtsgeschäfte, Buch II, besonders §§ 328, 419, 925 ff., über Erwerb von Grundeigentum, aushilfsweise §§ 759 bis 761 über Leibrente.

Art. 64. Rechtsprechung. **RG.** R. **10** Nr. 3022. Durch Art. 64 Abs. 2 EG. hat auch in bezug auf Anerbengüter der Grundsatz der unbeschränkten Testierfreiheit sichergestellt werden sollen. Dementsprechend ist auch in der

Rechtslehre anerkannt, daß der Erblasser letztwillig jede auch nach den Vorschriften des BGB. zulässige, von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Bestimmung treffen und insbesondere auch die Abfindungen der Kinder und die Leibzucht der Witwe nach freiem Ermessen bestimmen kann.

Art. 65. I. 1. *Moll, Zur Lehre von den öffentlichen Sachen, GruchotsBeitr. **54** 313 ff., sucht insbesondere für Wege- und Wasserrecht zu zeigen, daß diese Rechtsgebiete in engem Zusammenhange mit der Ausgestaltung der staatsrechtlichen Anschauungen stehen. Die dort auftretenden schwierigen Fragen lassen sich deshalb sowohl für das römische Recht wie für Mittelalter und Neuzeit nur aus dem Geiste der jeweilig herrschenden Gedankengänge auf diesem Gebiete beantworten. Dabei kann für das Wasserrecht die Unterscheidung von Wichtigkeit sein, ob es sich um die vorübergehende Benutzung der einzelnen fließenden Wasserwelle (aqua profluens) oder um den, regelmäßig ständige Einrichtungen voraussetzenden, Gebrauch des Wasserlaufs (flumen) handelt, wie ja auch für den Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen oder eine ihn überschreitende Benutzung oft ähnliche Gesichtspunkte von ausschlaggebender Bedeutung sind. Im übrigen richtet sich die Regelung der Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen in den modernen Kulturstaaten nach dem Überwiegen individueller oder sozialer Weltanschauung, was durch Vergleich der Gesetzgebung des gemeinen Rechtes, des Allgemeinen Landrechts und des code civil gezeigt wird. (Die gleichen Fragen erörtert der Verf. in seinem „Recht an öffentlichen Wasserläufen", VerwA. **16** 252 ff., und namentlich in „Das Sächsische Wassergesetz vom 12. März 1909", aaO. **18** 110 ff., wo er die neueren deutschen Wassergesetze für Bayern, Sachsen, Baden und Württemberg miteinander vergleicht.)

2. Fürbringer, Das Mühlenrecht im Großherzogtume Sachsen-Weimar, ThürBl. **57** 16, behandelt die Mahlgerechtigkeit nach dem sachsen-weimarischen Gesetze vom 16. Februar 1854 über den Schutz fließender Gewässer und über deren Benutzung.

3. Kloeß, Die Rechtsstellung der Quelle und des Grundwassers nach deutschem Rechte, GruchotsBeitr. **54** 296, bespricht die geschichtliche Entwickelung des deutschen Quellenrechts.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 72** 303. Die Vorschrift des § 102 I. 8 ALR. ist durch Art. 65 EG. und Art. 89 PrAG. aufrechterhalten. Die §§ 905 bis 909 BGB. sind auf das Bergwerkseigentum nicht anzuwenden, wie sich aus Art. 37 PrAG. und § 50 Abs. 2, 3 AllgBergG. in seiner durch das AG. abgeänderten Fassung ergibt (Begr. zu Art. 37 AG. 56).

2. SächsOLG. **10** 218 ff. Der Anspruch des Eigentümers einer Mühle auf die Vorflut ist wasserrechtlich, speziell ein Wasserbenutzungsrecht und nicht nach den Vorschriften des BGB., sondern des Landesrechts zu beurteilen.

3. R. **10** Nr. 3198 (Rostock). Unter den allgemeinen Vorbehalt des Art. 65 fallen auch landesgesetzliche Vorschriften, die eine Verpflichtung zur Räumung von Wasserläufen feststellen und regeln.

Art. 67. SeuffA. **65** Nr. 11, R. **10** Nr. 1604 (Jena). Die Beschlüsse einer (sachsen-meiningischen) konsolidierten Gewerkschaft mit mehr als 1000 Kuxen können von einzelnen Gewerken nicht im Wege der Klage angefochten werden, wenn das Statut nur eine Ausschlußfrist für die Anfechtung vorschreibt, die Voraussetzungen, den Inhalt der Anfechtung und die Person des Berechtigten aber nicht bestimmt (SachsMeinBergG. 92, 101).

Art. 69. I. Busse, Ist die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO. durch Eintragung einer Fischereiberechtigung am öffentlichen Strome auf Grund eines Besitzattestes der Polizeiverwaltung in Preußen zulässig? R. **10** 696 ff., verneint diese Frage und führt aus, daß die Fischereiberechtigung so-

wohl nach altem Rechte als nach neuem Rechte ein eintragungsfähiges Recht ist und zwar ein (objektiv) dingliches Recht; denn es lastet auf einem bestimmten Flußgebiet, also einem Grundstücke, hat demnach die Natur eines dinglichen Rechtes an fremder Sache und ist als Dienstbarkeit (§§ 1018, 1090 BGB.) aufzufassen. Nach § 73 II **15** ALR., der durch Art. 69 EG. mit den Vorschriften über die Fischerei aufrechterhalten ist, ist die Fischereiberechtigung in einem öffentlichen Strome ein Regal des Fiskus, das als niederes Regal zum Privatrechte werden kann und nach §§ 24, 26 II. 14 ALR. auch der Ersitzung fähig ist, die nach § 629 I. 9 aaO. gegenüber dem Fiskus 44 Jahre beträgt (Art. 73 EG.). — Altes und neues Recht sind zu berücksichtigen, da für die Frage des Erwerbes des Rechtes durch Ersitzung vor 1900 selbstverständlich altes Recht maßgebend ist und da der Erwerb vor 1900 nach Art. 184 EG. auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes maßgebend bleibt, sofern das Recht nach neuem Rechte eintragungsfähig ist (**RG.** 48 63 ff.).

II. Rechtsprechung. SeuffA. **65** 129 ff. Nr. 61, R. **10** Nr. 1763 (Rostock). Nach gemeinem und mecklenburgischem Rechte gehören die Meeresufer zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Dieser Gemeingebrauch umfaßt auch die Ausübung der Jagd und der Fischerei.

Art. 73. **RG.** 72 53 ff. Nach §§ 21, 24 II 14 und § 51 II 15 ALR. ist das Recht, Fähren und Personen zur Übersetzung gegen Geld zu halten, ein niederes Regal des Staates. Nach § 76 II ALR. kommen dem Staate bei dem Gebrauche, der Benutzung und Verwaltung der Regalien der Regel nach nur eben die Rechte zu wie jedem Privateigentümer. Er haftet daher unter analoger Anwendung der §§ 138—140 II 15 auch für solche Fehler, welche durch mangelhafte Bedienung des Fährprahms entstehen, einerlei, ob die mangelnde Betriebssicherheit der Fähre durch eigene Nachlässigkeit des Inhabers oder durch Versehen eines Dritten verursacht ist (OTr. **14** 92). — Es ist aber auch § 278 BGB. anzuwenden. Art. 73 EG. hat § 51 II 15 und §§ 21, 24, 76 II 14 ALG. aufrechterhalten. Der Staat befördert im Fährbetriebe Güter und Personen auf Grund privatrechtlicher Beförderungsverträge. Für diese gelten die Privatrechtsnormen, also auch § 278 BGB. über die Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen.

Art. 74. I. 1. Tittel, Die Abdeckereigerechtigkeiten in den östlichen Landesteilen Preußens. PosMSchr. **10** 1 ff. Die Kgl. VO. (Publikandum) v. 20. April 1772 (Nov. Corp. Const. Marchicarum III 147) über die Abdeckereien ist noch gültig. Die Abdeckerei ist ein Zwangs- und Bannrecht im Sinne der §§ 1, 4 I 23 ALR. und des Art. 74 EG.

2. Hampe, Die Kruggerechtigkeiten im Herzogtume Braunschweig, BraunschwZ. **10** 42 ff.

II. Rechtsprechung. OLG. **19** 439, R. **10** Nr. 18 (Rostock). Die Bestimmung der Versicherungsbedingungen, daß die Entschädigung erst nach endgültiger Festsetzung zu zahlen und zu verzinsen sei, ist gültig.

Art. 77. Rechtsprechung. 1. **RG.** 72 349—352, DJZ. **10** 369. Für die Schadenshaftung des Staates aus Versehen der Beamten ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen fiskalischen Rechten und zwischen Hoheitsrechten des Staates. Wo er in Ausübung fiskalischer Rechte handelt, wo er als juristische Person an dem Geschäftsverkehre teilnimmt oder auf Grund von Befugnissen handelt, die im bürgerlichen Rechte wurzeln, ist der Staat nach Reichsrecht für Schadenszufügungen seiner Beamten im Umfange des § 36 BGB. verantwortlich. Wo der Staat aber in Ausübung seiner Hoheitsrechte, besonders in Ausübung seiner obrigkeitlichen Gewalt handelt, ist wegen der Schadensersatzpflicht auf das Landesrecht zurückzugehen (**RG.** 71 46).

2. **RG.** R. **10** Nr. 1605. Die Polizeibehörde ist im allgemeinen nicht verpflichtet, die Anlieger an ihre Steuerpflicht besonders zu erinnern. Im allgemeinen darf sie sich darauf verlassen, daß dies geschieht. Nur wo es sich um einen Notstand, um eine unmittelbar drohende Gefahr handelt oder um ein Verkehrshindernis von längerer Dauer, das den Polizeiorganen nicht entgangen ist oder bei pflichtmäßiger Überwachung des Straßenverkehrs nicht entgangen sein konnte, würde von einer Verletzung der Überwachungspflicht die Rede sein können, wenn sie nicht sofort die Säumigen zur Beseitigung des Verkehrshindernisses auffordern.

3. SeuffA. **65** 319 Nr. 166 (Hamburg). Die Rückgabe einer strafgerichtlich beschlagnahmten Sache durch den Staatsanwalt an den Eigentümer ist kein Akt der dem Beamten anvertrauten öffentlichen Gewalt. Der Staat haftet also für ein Versehen desjenigen, welcher die Sache dem Falschen herausgab. Dies folgt schon aus § 278 BGB.

Art. 82. **RG.** R. **10** Nr. 1699. Durch die Landesgesetzgebung können Bestimmungen einer Vereinssatzung über die Ausschließung von Mitgliedern aus dem Verein nicht außer Kraft gesetzt werden. Denn diese Bestimmungen beruhen auf der den Vereinen durch § 25 BGB., also reichsgesetzlich gewährleisteten Befugnis, sich ihre Verfassung selbst zu geben. Für einen Eingriff der Landesgesetzgebung ist dagegen nach Artt. 82, 218 EG. dann Raum, wenn die Rechtsfähigkeit eines Vereins nicht auf seiner Eintragung in das Vereinsregister, sondern auf staatlicher Verleihung beruht.

Art. 84. I. Ahlbrecht, Religionsgesellschaften und Registerrichter, DJZ. **10** 123 ff. S. a. HGB. S. 572 zu II.

II. Rechtsprechung. RJA. **10** 181, KGJ. **39** A 300, R. **10** Nr. 2450, 2457 (Jena). Jede freie Vereinigung innerhalb einer Religionsgesellschaft, die einen unmittelbar religiösen Zweck, nämlich die Ausübung des Gottesdienstes oder gottesdienstlicher Handlungen neben denjenigen der Religionsgesellschaft verfolgt, ist als geistliche Gesellschaft im Sinne dieses Artikels anzusehen. Erlangt eine solche Gesellschaft Rechtsfähigkeit durch landesherrliche Verleihung, so kann sie nicht ohne eine solche Verleihung als GmbH. errichtet werden. — Die Errichtung einer geistlichen Gesellschaft in der Form einer GmbH. ist in Reuß j. L. nichtig, weil sie ein Verbotsgesetz umgeht.

Art. 86. ElsLothJZ. **35** 266, ElsLothNotZ. **30** 207 (Colmar). Art. 86 bezweckt nur die Regelung der privatrechtlichen Kontrolle über juristische Personen. Es besteht daher das dem öffentlichen Rechte der Bundesstaaten angehörende Aufsichtsrecht des Staates über die juristischen Personen, besonders diejenigen des öffentlichen Rechtes, unverändert fort und unterliegt somit die unter einer Auflage an eine Gemeinde gemachte Schenkung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Betrifft die Schenkung ein Grundstück, so ist die Eintragung der Gemeinde als neuer Eigentümerin von der Vorlage dieser Genehmigung abhängig.

Art. 95. I. Frormann, Kein Schadensersatzanspruch der Herrschaft wegen vorzeitiger Entlassung des Gesindes, SchlHolstAnz. **10** 241 ff., widerspricht der entgegengesetzten Auslegung des § 28 der schleswig-holsteinischen Gesindeordnung von 1838.

II. Rechtsprechung. DJZ. **10** 262 (PrOVG.). Die polizeiliche Befugnis, gemäß der Kabinettsorder v. 8. 8. 1837 einen Instmann, der ohne gesetzmäßige Ursache seinen Dienst verläßt, zur Wiederaufnahme mit denjenigen Zwangsmitteln anzuhalten, die ihr unter der gleichen Voraussetzung gegenüber einem Dienstboten zustehen, ist weder durch Art. 95 EG. noch § 888 ZPO. beseitigt.

Art. 96. I. Literatur: Josef, Neuere Streitfragen zum Rechte des Altenteils, GruchotsBeitr. **54** 79 ff. — Derselbe, Der Altenteilsvertrag, GesuR. **2** 361 ff. — Hutter, Einfügung des altrechtlichen Altenteilsultimats in das neue Recht, MecklZ. **29** 178 ff.

II. Rechtsprechung. NaumburgAK. **10** 5, R. **10** Nr. 932 (Naumburg). Gegen Ansprüche aus einem unter preußischem Rechte begründeten Altenteil ist Aufrechnung zulässig (PrAGBGB. Art. 15).

Art. 103. SächsRpflA. **10** 375, R. **10** Nr. 3536 (Dresden). Sächsische Armenordnung 65, 66, 68. Die Gemeinde kann für die Zwangserziehung verwahrloster Kinder von deren Vater den Durchschnittsbetrag der von ihr für die Anstalt gemachten Ausgaben nach der Kopfzahl der Pfleglinge verlangen.

Art. 105. Oppler, Die Haftung der Eisenbahnen in Elsaß-Lothringen für Sachschaden, ElsLothJZ. **35** 325 ff. Sie richtet sich noch heute nach Art. 22 des französischen Bahnpolizeigesetzes v. 15. 7. 1845, welcher einen Spezialfall des in Art. 1384 code civil ausgesprochenen Grundsatzes der responsabilité des commettant regelt. Danach haftet der Eisenbahnunternehmer, sei er Privater oder der Staat, für den Schaden, der durch die Verwalter, Direktoren oder unter sonst einem Titel bei dem Betriebe der Bahn angestellten Personen verursacht (causé) wird. Für diesen Begriff ist im wesentlichen übereinstimmend mit der widerrechtlichen Zufügung des § 831 BGB., daß das objektiv rechtswidrige Tun oder Unterlassen die Ursache des schädigenden Ereignisses ist.

Art. 109. I. Scherer, Die Zwangsenteignung, ZBlFG. **10** 549 ff., 593 ff. (Zusammenstellung der landesrechtlichen Literatur und Rechtsprechung über das Enteignungsrecht; dessen Verhältnis zum BGB.)

II. Rechtsprechung. **RG. 74** 45, JW. **10** 847 Nr. 95. § 36 Abs. 3 PrEnteignG. ist eine Sondernorm des Enteignungsrechts und durch Art. 109 EG. aufrechterhalten. Sie wird durch § 291 BGB. nicht berührt. S. a. BGB. § 291.

Art. 111. HansGZ. **10** Beibl. 204, R. **10** Nr. 3824 (Hamburg). Die Eintragung öffentlich-rechtlicher Servituten ist nach Hamburger Recht auch dann zulässig, wenn sich ein privatrechtlicher wirtschaftlicher Vorteil der Berechtigten nicht erreichen läßt.

Art. 119. Für Bayern: Goldschmit, Das Güterzertrümmerungsgesetz vom 13. August 1910, BayRpflZ. **10** 391 ff., 421 ff.

Art. 120. *Wolf, Hessisches Landesprivatrecht, Ergänzungsbd. VII zu Dernburg, BürgR. (§ 164 II). Das Unschädlichkeitszeugnis wäre an sich geeignet, im ganzen Gebiete des Privatrechts ein wichtiges Korrektiv für alle Härten abstrakter Rechtsvorschriften zu bilden und diese den individuellen Verhältnissen anzupassen. Allein in so weitem Umfang ist es nie genommen worden.

Art. 124. SächsRpflA. **10** 280 ff. (Dresden). Eine Ortsbauordnung, nach der für den Anbau an eine gemeinschaftliche Giebelmauer eine Entschädigung zu zahlen ist, ist nach Art. 124 EG. und § 182 AllgBauG. vom 1. Juli 1908 im Königreiche Sachsen gültig.

Art. 132. **RG.** JW. **10** 466 Nr. 1, R. **10** Nr. 1764 Der Inhalt eines vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Patronatsverhältnisses, mag es als persönliches Schuldverhältnis oder als Reallast aufgefaßt werden, ist lediglich nach altem Rechte zu beurteilen. Zum Inhalte des Rechtes gehört auch, wieweit es sich objektiv in bezug auf Substanz und Zubehör erstreckt. Art. 132 EG. hat im allgemeinen die landesgesetzlichen Vorschriften, also auch die Bestimmungen des ALR. über die Kirchenbaulast unberührt gelassen.

Art. 134. I. Literatur: Geißeler, Über religiöse Erziehung der Kinder aus Mischehen, DJZ. **10** 234 ff. — Wießner, Die konfessionelle Erziehung der Kinder, Pr. VolksschulA. **9** 97 ff. (bekämpft die Rechtsprechung des KG.).

II. Rechtsprechung. 1. KGJ. **39 A** 21. Im Sinne der Königl. hannoverischen Verordnung über die religiöse Erziehung der Kinder, deren Eltern verschiedener Konfession sind, vom 31. 7. 1826 sind Ehen zwischen Lutheranern und Reformierten als Ehen zwischen Personen verschiedenen Glaubensbekenntnisses anzusehen. Dem Vater steht nach dieser VO. das Recht der freien Bestimmung der Konfession seines aus einer gemischten Ehe hervorgegangenen Kindes in der Weise zu, daß er es in seiner eigenen Konfession oder in derjenigen der Mutter oder in einer dritten Konfession erziehen lassen kann. Dieser Grundsatz gilt nach gemeinem deutschen Rechte für gemischte wie für ungemischte Ehen. Einer mißbräuchlichen Ausdehnung des Bestimmungsrechts durch den Vater hat das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB. entgegenzutreten. Mißbrauch liegt aber nicht notwendig schon deswegen vor, weil sich der Vater nicht allein von seiner religiös-sittlichen Überzeugung, sondern auch von äußeren Rücksichten auf das Wohlergehen des Kindes leiten läßt. S. a. BGB. § 1666 zu IV Ziff. 3.

2. OLG. **21** 253, KGJ. **39 A** 15, R. **10** Nr. 3950 (KG.). Der Grundsatz, daß Kinder aus gemischter Ehe in der Religion des Vaters zu erziehen sind, gilt auch dann, wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat oder wenn ihm die Personensorge nicht zusteht. Das Vormundschaftsgericht kann der Mutter die Sorge für die Person entziehen, wenn diese trotz Belehrung sich weigert, dem Kinde die gesetzmäßige religiöse Erziehung zuteil werden zu lassen.

Art. 135. Diefenbach, GruchotsBeitr. **54** 105 ff., Über das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern und Erziehungsberechtigten. S. a. Rechtsprechung zu Art. 23 Nr. 1.

Art. 139. OLG. **21** 305 (KG.). Die Vorschriften der §§ 50 ff. II 9 ALR. sind nach Art. 139 EG. und Art. 89 PrAGBGB. unberührt geblieben.

Art. 142. **RG.** **72** 412 ff., JW. **10** 278 Nr. 1. Art. 142 EG. überläßt es den Landesgesetzen, die Beurkundung von Verträgen über unbewegliche Sachen außer den Gerichten und Notaren auch anderen Behörden zu übertragen. Für solche Verträge der bezeichneten Art, wobei einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde vertreten wird, gestattet auf Grund vorbezeichneter Vorschrift Art. 12 § 2 PrAGBGB., daß von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde der Beurkundungsbeamte bestimmt wird. Im Bezirke der PrStädteO. (§§ 29, 56, 58) kann der Bürgermeister allein — ohne den Magistrat — als Vorstand der Behörde den Beurkundungsbeamten bestimmen.

Artt. 155 ff. *Süß, Grundgedanken des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts (1910) 11 ff., 49 ff. Die Entstehung und Aufhebung der Rechtsverhältnisse richten sich nach dem bisherigen Rechte, wenn sie vor dem 1. 1. 00 nach BGB., wenn sie nach diesem Zeitpunkt erfolgen (im wesentlichen ebenso die herrschende Meinung). Der Inhalt der vor dem 1. 1. 00 entstandenen Rechtsverhältnisse bestimmt sich von dieser Zeit an weiter nach altem Rechte, wenn dieselben vorübergehender Natur sind, nach BGB., wenn sie auf die Dauer angelegt sind (aA. die herrschende Meinung). Ersteres ist der Fall, wenn die Rechtsverhältnisse relativ kurze Zeit währen und außerdem von Natur aus der Erledigung zustreben, wie z. B. bei den Schuldverhältnissen Kauf und Werkvertrag, im Sachenrechte das Pfandrecht an beweglichen Sachen (Artt. 170, 184); letzteres ist der Fall, wenn die Rechtsverhältnisse relativ lang währen und außerdem in ihrer Entwickelung von einer gewissen Beharrlichkeit sind, wie z. B. bei den Schuldverhältnissen Miete und Dienstvertrag, im Sachenrechte die Hypothek (Artt. 171, 192). Die personenrechtlichen und familienrechtlichen Verhältnisse sind im allgemeinen dauernde, weil sie eine

gewisse Stetigkeit besitzen, die erbrechtlichen dagegen vorübergehende, weil sie meist auf schleunige Abwickelung drängen (Artt. 153 ff., 199 ff., 213 ff.). Diese Grundsätze werden auch durch die übrigen Artikel des EG. bestätigt.

Art. 163. *Süß aaO. Auf nichtrechtsfähige Vereine, die vor dem 1. 1. 00 gegründet sind, findet von dieser Zeit an das BGB. Anwendung, weil sie auf die Dauer angelegt sind (vgl. Vorbem. zum 4. Abschn. der Übergangsvorschr.). (Ebenso Leonhard, BayRpflZ. **06** 29 ff. Nr. 2; aA. Niedner, Komm. z. EGBGB. [2] 313).

Art. 164. Zeitler, BayRpflZ. **10** 52 ff., 72 ff., Die Körperschaftswaldungen.

Art. 167. **RG.** R. **10** Nr. 3964. Die Bestimmung in der Satzung einer landschaftlichen Kreditanstalt, daß die von einer Pfandbriefhypothek angesammelten Amortisationsbeiträge, soweit sie noch nicht eine bestimmte Höhe erreicht haben, ein vom Gute gar nicht zu trennendes Zubehör sind, hindert nicht, daß der Käufer des Gutes sich dem Verkäufer gegenüber rechtsverbindlich verpflichtet, falls er den Amortisationsfonds mitgezahlt erhalte, den empfangenen Betrag an den Verkäufer herauszugeben. Denn es handelt sich dabei um die Festsetzung einer Kaufbedingung, welche die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien betrifft und im Verhältnisse zur Landschaft die Eigenschaft des Amortisationsfonds als eines vom Gute unzertrennbaren Zubehörs unberührt läßt.

Art. 168. SeuffBl. **10** 522 ff., BayRpflZ. **10** 258 ff. (BayObLG.). Auf Grund der allgemeinen gleichförmigen langjährigen auf Rechtsüberzeugung beruhenden Gewohnheit im Gebiete des bayerischen Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 muß nach gemeinem Rechte das Bestehen eines Gewohnheitsrechts anerkannt werden, nach welchem die zur Sicherung von Forderungsrechten vereinbarten Verfügungsbeschränkungen durch die Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung erlangten. Verfügungsbeschränkungen dieser Art können seit dem 1. Januar 1900 gemäß § 137 BGB. nicht mehr entstehen. Die Verfügungsbeschränkungen aber, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestanden, sind nach Art. 168 EG. wirksam geblieben und auch von dem Gesetze Änderungen des Hypothekengesetzes betreffend vom 20. Dezember 1903 nicht berührt worden, da dieses Gesetz in die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkungen, die zur Sicherung einer nicht mit Hypothek versehenen Forderung vereinbart wurden, nicht eingegriffen hat. Sie gelten daher noch für das Gebiet des gemeinen Rechtes und des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822.

Art. 169. Rechtsprechung. (HGB. Art. 146 aF., § 159 aF.).1. **RG.** R. **10** Nr. 733. Ist vor dem 1. April 1900 eine offene Handelsgesellschaft durch Eröffnung des Konkurses aufgelöst und ist nur der nach dem alten HGB. nicht vorgeschriebene Konkursvermerk, nicht auch die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden, so hat die nach altem Rechte für die Eröffnung der Verjährungsfrist aus Art. 146 HGB. aF. unwirksame Eintragung des Konkursvermerkes (**RG. 45** 50) auch mit dem 1. Januar 1900 trotz der Vorschriften in §§ 32, 131 Nr. 3 HGB. aF. die Verjährung aus § 159 HGB. aF. nicht in Lauf gesetzt. Zwar unterwirft Art. 169 EG. grundsätzlich auch die vor Inkrafttreten des BGB. entstandenen, noch nicht verjährten Ansprüche den Verjährungsvorschriften des neueren Rechtes. Wenn jedoch Abs. 1 Satz 2 daselbst anordnet, daß sich für diese Zeit der Beginn der Verjährung nach den bisherigen Vorschriften bestimme, so ist damit unzweideutig anerkannt, daß ein unter der Herrschaft des älteren Rechts eingetretener, für die Eröffnung der Verjährungsfrist jedoch unwirksamer Tatbestand (die Eintragung des Konkursvermerkes) diese Wirkung auch für das neue Recht nicht äußern kann, ob-

schon er, wenn unter seiner Herrschaft eingetreten, an sich geeignet gewesen wäre, diese Wirkung hervorzurufen (**RG. 60** 78, **65** 112).

2. SächsRpflA. **10** 407 ff., R. **10** Nr. 3537 (Dresden). Die Vorschrift im Abs. 1 Satz 1 ist auf Ausschlußfristen, z. B. die Anfechtungsfristen in §§ 121, 124, 1339, 1594, 2082, 2083, 2340 BGB., § 41 KO., § 12 AnfG. vom 21. Juli 1879, nicht anwendbar.

3. ElsLothJZ. **35** 489, 490 (Colmar). Nach Art. 169 EG. finden die Vorschriften des BGB. auf eine Verjährung Anwendung, die unter seiner Herrschaft begonnen hat, auch wenn der betreffende Anspruch dem früheren Rechte untersteht. Hiernach verjährt der Anspruch auf Schadensersatz aus einem Kaufe wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft nach § 477 BGB. bei Grundstücken in einem Jahre.

4. **RG. 73** 434, JW. **10** 753 Nr. 14, LeipzZ. **10** 685 Nr. 19, R. **10** Nr. 2848. Hier ist nur der Fall geregelt, daß die Verjährungszeit nach dem BGB. kürzer ist als nach den bisherigen Gesetzen, und für diesen Fall wird der Billigkeit entsprechend zum Schutze des Berechtigten bestimmt, daß die kürzere Frist von dem Inkrafttreten des BGB. an berechnet wird, daß jedoch dann, wenn die längere Frist des bisherigen Rechtes früher abläuft als die kürzere Frist des BGB., die Verjährung mit dem Ablaufe der längeren Frist vollendet ist. Ist die Verjährungszeit nach altem Rechte länger als die nach neuem Rechte, stellt dieses aber an den Beginn der Verjährung strengere Erfordernisse als das alte Recht, so entspricht es dem natürlichen Schutzbedürfnisse des Berechtigten und der Vorschrift des Art. 169 Satz 1, daß die Verjährung des BGB. erst dann beginnt, wenn alle Voraussetzungen dieser kürzeren Verjährung erfüllt sind. Dagegen ist es, wenn die Verjährung nach neuem Rechte *schon* begonnen hat, und kürzer ist als die des BGB., nicht angängig, von der Vorschrift des Art. 169 Abs. 1 Satz 2 für den Beginn der Verjährung abzuweichen und eine weitere Änderung eintreten zu lassen, als in Art. 169 Satz 1 für die Dauer der Verjährungszeit vorgesehen ist. Dieser Auffassung steht **RG. 61** 141 (R. **08** Nr. 353) nicht entgegen.

Art. 170. S. auch Artt. 169, 132, 184, 213. *Rechtsprechung.* 1. **RG.** R. **10** Nr. 336. Die Frage, ob ein vor 1900 abgeschlossener Vertrag gegen die guten Sitten verstößt und welche Folgen sich daraus ergeben, ist nach dem Rechte des BGB. zu beurteilen (R. **07** Nr. 722). Auch die Frage, ob nur die gegen die guten Sitten verstoßende Vertragsbestimmung oder ob der ganze Vertrag als nichtig anzusehen ist, richtet sich nach dem Rechte des BGB. Es ist nicht angängig, Voraussetzung und Umfang der Nichtigkeit nach verschiedenen Rechten zu beurteilen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 334. Bei einem in die Zeit vor 1900, wie auch nach 1900 fallenden Dauerdelikte, dessen schadenbringender Erfolg sich aber erst nach 1900 herausstellt, ist für eine lediglich äußere dingliche Haftung allein das neue Recht anzuwenden, da vor dem Schadenseintritt ein Schuldverhältnis nicht entstanden war.

3. SächsRpflA. **10** 407, R. **10** Nr. 3538 (Dresden). Ansprüche aus der Anfechtung eines vor 1900 geschlossenen Vertrags wegen Betrugs und ein daraus hergeleitetes Zurückbehaltungsrecht sind nach altem Rechte zu beurteilen.

4. BayRpflZ. **10** 613, R. **10** Nr. 335 (BayObLG.). Ob ein vor dem 1. Januar 1900 entstandenes Recht übertragbar ist, bemißt sich nach den früheren Gesetzen. Denn die Übertragbarkeit gehört zum Rechtsinhalte [*Planck* (3) Art. 170 Anm. 12a; Art. 184 Anm. 5aγ; *Staudinger* (3/4) II 2, 3 zu Art. 184; *Habicht*, Einw. 226].

5. **RG.** LeipzZ. **10** 550 Nr. 28. Ein unter der Vorschrift des alten Rechtes

abgeschlossener Verlagsvertrag ist nach diesem zu beurteilen, insbesondere auch wegen der Frage, ob eine Übertragung des Verlagsrechts ohne Zustimmung des Verfassers zulässig ist.

Art. 171. I. *Süß aaO. 66. Auf eine vor dem 1. Januar 1910 geschlossene Gesellschaft findet von dieser Zeit an wegen ihrer Dauerhaftigkeit das neue Recht Anwendung, vorausgesetzt, daß analog der Vorschrift des Art. 171 EGBGB. die Kündigung unterbleibt. (Vgl. Vorbem. z. 4. Abschn. der Übergangsvorschr.) (Ebenso im Ergebnisse Düringer-Hachenburg, HGB. 16; aA. Lehmann, GoldschmidtsZ. **48** 16 ff.)

II. Rechtsprechung. HansGZ. **10** Beibl. 86 (Hamburg). Hat der Vermieter dem Mieter vor dem 1. Januar 1900 zugesagt, er könne wohnen bleiben „so lange er wolle", so kann der Vermieter den Mietvertrag auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht kündigen.

Art. 173. 1. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 181. **RG.** JW. **10** 180 Nr 1, LeipzZ. **10** 294. R. **10** Nr. 933. Die Bestimmungen der Artt. 173, 187 Abs. 2 BGB. sind auf eine vor dem Inkrafttreten des BGB. gegründete Gemeinschaft zur gesamten Hand, z. B. eine vor 1900 aufgelöste noch ungeteilte Gütergemeinschaft des französischen Rechtes, nicht anwendbar. Denn Art. 173 handelt von Gemeinschaften nach Bruchteilen, Art. 181 Abs. 2 hat aber nicht Gemeinschaften an Vermögensmassen, sondern Miteigentum an einzelnen bestimmten Sachen im Auge, wie sich schon aus ihrer sofortigen Anwendung auf Baumeigentum (Art. 182 Abs. 2) und auf Stockwerkseigentum (Art. 182) ergibt. Jedenfalls aber spricht der Grundgedanke des EG., daß bestehende Rechtsverhältnisse nicht ohne zwingende Gründe abgeändert werden solle, sowie Art. 200 Abs. 1 EG., der allerdings den vorliegenden Fall nicht unmittelbar trifft, für die unveränderte Fortdauer der in Rede stehenden Gemeinschaft nach dem 1. Januar 1900 (JW. **03** Beil. 2, **02** Beil. 268, **05** 301 Nr. 33). Der die Umwandlung des Miteigentums zur gesamten Hand in Bruchteilseigentum vertretenden Entsch. des OLG. Cöln, RheinA. **102** 254, kann nicht beigepflichtet werden.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2180. Die Fährgerechtsame an öffentlichen Flüssen gehören im Gebiete des gemeinen Rechtes sowohl als im Gebiete des ALR. zu den niederen Regalien. Der mit der Ausnutzung Beliehene erwirbt ein Privatrecht, das seiner Natur nach vererblich und veräußerlich ist. Gehört ein solches Recht zu einer Gemeinschaft, so kann nach den gemäß Art. 173 EGBGB. anzuwendenden §§ 741 ff., 749 BGB. von jedem Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt werden (§§ 711 ff. BGB.). S. a. BGB. zu §§ 752, 753.

Art. 181. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 173. KGJ. **39** A 192 Nach Art. 181 Abs. 1 EG. finden auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum von dieser Zeit an die Vorschriften des BGB. Anwendung. Der Inhalt des Eigentums bestimmt sich also ebenfalls nach neuem Rechte. Dies gilt grundsätzlich auch für das gemeinschaftliche Eigentum, so daß auf dieses die Vorschriften des BGB. über das Miteigentum oder über eine der vom BGB. anerkannten Gesamthandsgemeinschaften (Gesellschaft, Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) anzuwenden sind. Art. 181 Abs. 2 EG. hält jedoch das bisherige Recht insofern aufrecht, als er bestimmt, daß, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. das Eigentum an einer Sache mehreren nicht nach Bruchteilen zusteht, diese Rechte bestehen bleiben (**RG. 60** 306).

Art. 184. RG. 13 252, **49** 238, JW. **10** 60 Nr. 2, R. **10** Nr. 337. Der Erwerb der Grunddienstbarkeit des Überbaues nach preußischem Rechte (Artt. 690, 692) gemäß destination du père de famille vollzieht sich allerdings erst in dem Augenblicke, wo die beiden Grundstücke getrennt werden; es handelt sich dabei

jedoch nur um eine den Rechtserwerb hinausschiebende Bedingung und Befristung, bei der es auf den Willen der Beteiligten nicht mehr ankommt. Tritt die Bedingung ein, so wird das bedingt begründete Recht wirksam, die Servitut dauert fort (Art. 694). Dies gilt auch dann, wenn inzwischen das BGB. in Kraft getreten war. Dabei ist es unerheblich, ob die Trennung der Grundstücke durch freiwillige Veräußerung oder durch Zwangsversteigerung erfolgte (**RG. 72** 269 ff. RheinA. **84** I 141).

Art. 187. SeuffA. **64** 448, SchlHolstAnz. **09** 241, R. **10** Nr. 83 (Kiel). Die allgemeine Benutzung eines Weges oder die Benutzung in der Meinung, es sei ein öffentlicher Weg, genügt nicht zur Ersitzung eines Wegerechts.

Art. 189. I. *Kreß, BayNotZ. **10** 75 ff., Zur Frage der Heilung der vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts in Bayern formwidrig — etwa unter Beurkundung eines zu niedrigen Kaufpreises — geschlossenen Immobiliarkaufalverträge. S. zu BGB. § **313 II 3 u. III 2**.

II. Rechtsprechung. OLG. **21** 39, R. **10** Nr. 3259 (KG.). Auf einen Erbanteil zur gesamten Hand kann eine Hypothek nicht eingetragen werden, auch wenn vor 1900 die Erben als Eigentümer eingetragen waren (GBO. §§ 54, BGB. §§ 1114, 2033).

Art. 192. I. Gerstenberg, Wie sind die über die Kautionshypotheken des alten Rechtes gebildeten Hypothekenbriefe zu behandeln, wenn diese dem Grundbuchamte zugehen? (ZBlFG. **11** 212 ff.) Je nachdem es sich darum handelt, die ganze Kautionshypothek zu löschen oder andere Fälle, ist § 62 oder § 69 RGBO. anzuwenden.

II. Rechtsprechung. **RG. JW. 10** 70 Nr. 27, R. **10** Nr. 112. Der Umfang eines bei Inkrafttreten des BGB. bestehenden Hypothekenrechts bestimmt sich rücksichtlich der von ihm erfaßten Gegenstände nach neuem Rechte. Danach ist auch die Haftung der Versicherungsforderung zu bestimmen (EG. Art. 33 § 1 PrAG.).

Art. 198. I. *Süß aaO. **10** 66. Auf ein vor dem 1. Januar 1900 geschlossenes Verlöbnis findet auch nach dieser Zeit das bisherige Recht Anwendung, weil das Verlöbnis ein vorübergehendes Rechtsverhältnis ist (vgl. Vorbem. z. 4. Abschn. der Übergangsvorschriften). (Ebenso im Ergebnis Affolter, System des deutschen bürgerl. Übergangsrechts 283; aA. **Windscheid-Kipp, Pandekten** 47).

II. Rechtsprechung. HansGZ. **10** Beibl. 103, R. **10** Nr. 3539 (Hamburg). Die Frage der Anfechtung oder Ungültigkeit einer vor 1900 eingegangenen Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften oder wegen Arglist bestimmt sich nach altem Rechte.

Art. 200. 1. **RG. 73** 24 ff., HansGZ. **31** Beibl. 169, R. **10** Nr. 1119, JW. **10** 227 Nr. 1. Allerdings sind gewisse unmittelbar aus der Tatsache der Scheidung oder der damit verbundenen Schuldigerklärung des einen Ehegatten abgeleitete Folgen nur nach dem neuen Rechte zu beurteilen, wenn die Scheidung unter seiner Herrschaft erfolgt ist (§§ 1577, 1578 ff., 1635 ff., 1584 BGB.). Dagegen hat die Frage, nach welchen Grundsätzen die durch die Eheschließung eingetretene, mehr oder minder enge Verbindung der beiden Vermögen wieder rückgängig zu machen ist, nichts damit zu tun, aus welchem Grunde es zur Auflösung der Ehe gekommen ist. Diese Grundsätze können vielmehr nur aus der Natur des für die betreffende Ehe maßgebenden Güterstandes abgeleitet werden. Auch bei der Ehescheidung regelt sich die Abwickelung der Vermögensauseinandersetzung daher nur nach dem für die Ehe maßgebend gewesenen ehelichen Güterrechte (vgl. **RG. 41** 125 ff., **58** 382 ff.).

2. **RG.** R. **10** Nr. 338. Aus Art. 200 wie aus Art. 217 ergibt sich, daß an

einem durch Erbverzicht zwischen Eheleuten begründeten Rechtsverhältnisse durch das Inkrafttreten des BGB. nichts geändert worden ist.

3. (Art. 46 §§ 3, 4 PrAGBGB.) **RG.** JW. **10** 745 Nr. 1, R. **10** Nr. 3023. Die erbrechtlichen Vorschriften des märkischen Provinzialrechts sind nur insoweit in Kraft geblieben, als sie als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes sich darstellen. Die Bestimmungen des BGB. über Ausschlagung und Annahme der Erbschaft sind bei einer testamentarischen Erbfolge, nicht dagegen bei einer gesetzlichen Erbfolge anwendbar auf die Wahlrechte des überlebenden Ehegatten nach märkischem Provinzialrechte (nämlich sein Vermögen einzuwerfen und die Hälfte des Gesamtnachlasses als statutarische Portion oder sein Vermögen zurückzunehmen). Der nach märkischem Provinzialrecht erbberechtigte Ehegatte kann das mit der Wahl der statutarischen Portion verbundene Erbrecht nur in Anspruch nehmen, wenn er rechtzeitig die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen hat.

4. OLG. **21** 236, R. **10** Nr. 3965 (Stettin). Der Pommerschen BauernO. v. 30. Dezember 1764 sind Reserveoffiziere nicht unterworfen.

Art. 203. **RG.** JW. **10** 647 Nr. 1. Der vor dem 1. Januar 1900 entstandene Anspruch der ehelichen Kinder gegen ihren Vater auf Herausgabe des mütterlichen Nachlasses bei der Wiederverheiratung ist kein erbrechtliches Verhältnis, besonders kein erbschaftliches Liquidationsverfahren im Sinne von Art. 213 EG. Es ist vielmehr ein familienrechtliches, und gemäß Art. 203 sind hierauf §§ 1681, 260 BGB. anzuwenden.

Art. 208. OLG. **21** 280 (Cassel). Art. 208 EG. hat die rechtliche Stellung eines vor dem 1. Januar 1900 geborenen, nicht eingekindschafteten Kindes gegenüber dem Samtgute nach fuldischem Rechte nicht geändert. Das Erbrecht des unehelichen Kindes besteht zwar, muß aber dem stärkeren Rechte des überlebenden Ehegatten weichen, das kraft besonderer Vorschrift (Art. 200 EG., Artt. 52, 46 AG.) aufrechterhalten ist.

Art. 209. I. Literatur: Stadelmayer, Die Fassung und Auslegung der Einkindschaftsverträge nach Bamberger Landrecht, BayRpflZ. **10** 359 ff.

II. Rechtsprechung. 1. BayObLG. **10** 499, SeuffBl. **10** 178, BayRpflZ. **10** 41 ff. Hat die Braut in dem Einkindschaftsvertrag ausdrücklich erklärt, sie wolle die ersteheIichen Kinder als ihre rechten Kinder annehmen, so folgt daraus, daß sie mit den eigenen Kindern der Braut in allen Beziehungen, namentlich im Erbrecht, gleichgestellt werden sollen. Solche Verträge sind im Geltungsgebiete des Bamberger Landrechts oft abgeschlossen worden. Mit dem Tode des Vaters erlosch die Einkindschaft, es trat Grundteilung ein, und damit erlosch aber nicht das den Stiefkindern in dem Vertrag eingeräumte Erbrecht, sondern sie hatten nunmehr der Stiefmutter gegenüber das gleiche Erbrecht wie abgeteilte leibliche Kinder. Die Grundteilung ließ nach Bamberger Landrecht Satz 70 § 10 S. 137 § 4 das gesetzliche Erbrecht der abgeteilten Kinder bei dem Zusammentreffen mit den Seitenverwandten unberührt. Die Seitenverwandten werden daher, wenn der Erbfall unter der Herrschaft des BGB. eintritt, nach § 1930 BGB. von den abgeteilten Kindern ausgeschlossen. S. a. BGB. § 1930.

2. SeuffBl. **10** 432, R. **10** Nr. 2586 (Bamberg), vgl. auch BayObLG., Bay. RpfZ. **10** 409. Nach fränkischem Landrechte (Teil III Tit. 118 § 1 der fränkischen Landgerichtsordnung) ist die Stiefgroßmutter den Kindern ihres eingekindschafteten Stiefsohns (Stiefenkeln) gegenüber unterhaltspflichtig. Dies ist durch Art. 209 EGBGB. für die vor 1900 bestehenden Einkindschaften aufrechterhalten.

3. R. **10** Nr. 934 (Jena). Eine nach gemeinem deutschen Privatrechte begründete Einkindschaft hat seit dem 1. Januar 1900 keine familienrechtliche Wirkung mehr. Es wird allerdings mehrfach die Ansicht verteidigt, daß die Einkindschaft da, wo sie mit elternrechtlichen Wirkungen ausgestaltet ist, eine besondere, im deutschen Rechte ausgebildete Art der Annahme an Kindesstatt sei (vgl. Habicht, Einwirkung 619 ff. Anm. 1). Dies mag indes für einige Partikularrechte zutreffen (z. B. Fränkische Landgerichtsordnung, BayObLG. **1** 340 ff., 2 674 ff.), im gemeinem deutschen Privatrecht ist aber die Adoptionstheorie nicht durchgedrungen. Vielmehr ist überwiegend anerkannt, daß die Einkindschaft ein besonders geartetes Rechtsinstitut ist, dem die familienrechtlichen Wirkungen nicht ohne weiteres zukommen (Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht [4] §§ 305, 302 ff.). Die Einkindschaft ist daher nicht der Adoption gleichzustellen.

4. SeuffA. **64** 64, 458, SchlHolstAnz. **09** 130, R. **10** Nr. 112 (Kiel). Ein Einkindschaftsverzicht ist unzulässig, wenn das Kind der früheren Ehe kein natürliches Kind des zur zweiten Ehe schreitenden Ehegatten ist.

Art. 213. 1. KGJ. **38** A 110. Ebenso OLG. **21** 304 (KG.) (die frühere abweichende Praxis ist aufgegeben). Bei Erbfällen alten Rechtes ist die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft auf Antrag eines Nachlaßgläubigers auch nach dem 1. Januar 1900 noch zulässig, sofern das frühere Recht einen entsprechenden Rechtssatz enthielt. Das frühere preußische Recht im Gebiete des ALR. enthält einen solchen Rechtssatz (§§ 471 ff. I 9 ALR.).

2. ElsLothJZ. **10** 54 (Colmar). Die Ausgleichungspflicht ist im Sinne des Art. 213 EG. ein erbrechtliches Verhältnis und daher in betreff eines nach dem 1. Januar 1900 eröffneten Nachlasses nach dem BGB. zu beurteilen.

3. Aus der Rechtsprechung.

a) Begriff der erbrechtlichen Verhältnisse. **RG. 73** 291, JW. **10** 572, R. **10** Nr. 1765, DJZ. **10** 765. Der Begriff „erbrechtliche Verhältnisse" ist hier im weitesten Sinne aufzufassen; darunter fallen alle Verhältnisse, die mit dem Anfall und dem Erwerb einer Erbschaft im Zusammenhange stehen (**RG. 46** 73, **50** 186). Dazu gehört auch der Erbschaftskauf, selbst wenn er, wie nach gemeinem Rechte, keine Universalsukzession begründet. In diesem Falle bedarf er nicht der Form des § 2371 BGB.

b) Gesetzliche Erben. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 157. Ist in einem vor dem 1. Januar 1900 errichteten Testamente bestimmt, daß Miterben die nächsten gesetzlichen Erben sein sollen, und ist der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 gestorben, so bestimmt sich nach neuem Rechte, wer die gesetzlichen Erben sind.

c) Ausgleichungspflicht (§ 2050 BGB.). 1. **RG.** R. **10** Nr. 2587. Auch für die Ausgleichungspflicht sind die Bestimmungen des neuen Rechtes maßgebend, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist (SeuffBl. **03** 423).

d) Vorerbe (§ 2113 Abs. 2 BGB.). **RG.** R. **10** Nr. 735. Die Verfügungsbefugnisse eines Vorerben, der in einem vor 1900 errichteten Testament als Vorerbe eingesetzt ist, richten sich, wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 gestorben ist, ausschließlich nach neuem Rechte.

e) Übertragung eines Erbanteils. OLG. **21** 32, R. **10** Nr. 3199 (KG.). Die Übertragung eines vor 1900 erworbenen Erbteils durch Erbschaftskauf richtet sich auch nach 1900 nach altem Rechte.

f) Vermächtnis. R. **10** Nr. 1606 (BayObLG.). Es wird an der Ansicht festgehalten, daß die Zuwendung eines Vermächtnisses auch dann nicht als Ausschluß der gesetzlichen Erbfolge anzusehen ist, wenn der Vermächtnisnehmer nach

dem BGB., nicht aber nach dem Rechte zur Zeit der Testamentserrichtung Gesetzeserbe war [rheinisch-französisches Recht]. Daß die Erblasserin das Inkrafttreten des BGB. überlebt, ihre Verfügung aber nicht geändert hat, zeigt nur, daß sie es bei dem aus ihrer letztwilligen Verfügung und dem neuen Rechte sich ergebenden Zuständen belassen wollte.

g) Vertragsmäßige Erbauseinandersetzung. ElsLothJZ. **35** 420, **R. 10** Nr. 734 (Colmar). Wenn die Erben bei der Auseinandersetzung des Nachlasses eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Verteilung der Nachlaßschulden vornehmen, so liegt darin eine über den Rahmen der erbrechtlichen Verhältnisse hinausgehende vertragliche Abmachung. Auf solche Verträge, die nur bei Gelegenheit der Regelung erbrechtlicher Verhältnisse abgeschlossen werden, findet Art. 213 keine Anwendung, für sie gelten vielmehr auch dann, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist, die Vorschriften des BGB.

Art 214. I. Literatur. Adeneuer, JW. **09** 647 ff., Welche rechtliche Bedeutung haben gegenüber dem durch das BGB. eingeführten gesetzlichen Erbrechte der Ehegatten letztwillige Verfügungen, welche die Brautleute in einem Ehevertrage des französischen Rechtes vor dem 1. Januar 1900 getroffen haben? führt entgegen der Entscheidung des **RG.** vom 4. März 1909, JW. **09** 220 Nr. 10, aus, daß die letztwillige Verfügung in einem Heiratsvertrage französischen Rechtes in die einseitigen Verfügungen des BGB. eingereiht werden müsse; diese sei nach Art. 214 EG. vollkommen wirksam, soweit sie nicht mit solchen Bestimmungen des BGB. in Widerstreit tritt, in bezug auf welche das BGB. dem Erblasser keine Verfügungsmacht in einer einheitigen letztwilligen Verfügung hat einräumen wollen. Das Pflichtteilsrecht kann somit durch eine letztwillige Verfügung in einem Heiratsvertrage des französischen Rechtes niemals abgeändert werden. Andererseits unterliegt es keinem Zweifel, daß ein gesetzliches Erbrecht der Ehegatten niemals in Frage kommen kann, sobald eine letztwillige Verfügung solcher Art vorliegt. — AM. **Bollenbeck**, Gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten neben den Ansprüchen aus letztwilliger Zuwendung in einem unter dem rheinischen Rechte geschlossenen Ehevertrage (RheinNotZ. **54** 273 ff.). Das **RG.** ist von dem Urteile **49** 44, welches das Wahlrecht zwischen Zuwendung und Pflichtteil des BGB. gewährte, abgegangen. Der überlebende Ehegatte hat das Wahlrecht zwischen Zuwendung und vollem gesetzlichen Erbrecht des BGB. Vgl. RheinZ. **2** 74 ff.

II. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 213. 1. **RG.** BayRpflZ. **10** 285, **R. 10** Nr. 2588. Bei einem vor 1900 errichteten Erbvertrage richtet sich die Frage nach altem Rechte, wieweit die Vertragsteile wegen des vertragsmäßigen Gebundenseins zugleich in der Verfügung unter Lebenden beschränkt sind; denn das Gebundensein äußert sich nicht bloß darin, daß der Erblasser den Erbvertrag nicht durch letztwillige Verfügung beseitigen kann, sondern auch darin, daß er wegen des vertragsmäßigen Gebundenseins zugleich in der Verfügung unter Lebenden beschränkt ist (**RG. 50** 316, **62** 14, **R. 10** Nr. 736).

2. **RG. R. 10** Nr. 736. Die Frage der Bindung in Art. 214 Abs. 2 steht immer nur in Beziehung zu dem eigenen Nachlasse des Erblassers, niemals dagegen in Beziehung zu dem Nachlasse seines mittestierenden Ehegatten.

3. KGJ. **39 A** 84 ff. Werden dem überlebenden Ehegatten, der die Erbschaft aus einem unter der Herrschaft des ALR. errichteten wechselseitigen Testament angenommen hat, Kinder nachgeboren, so können diese die Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge und den Nachlaß jenes verlangen. Dagegen hat der überlebende Ehegatte nicht das Recht, seine im wechselseitigen Testamente zugunsten der gemeinschaftlichen Kinder der beiden Testatoren getroffenen oder sonst korrespektiven Verfügungen wegen des nachträglichen Hinzutritts von Not-

erben durch anderweitige letztwillige Verfügungen abzuändern. Entsprechendes gilt von dem Hinzutritte des späteren Ehegatten in bezug auf dessen Pflichtteil oder statutarische Portion.

4. SächsRpflA. **10** 70, R. **10** Nr. 3540 (Dresden). **Die Anfechtung eines vor 1900 errichteten Testaments eines nach 1900 gestorbenen Erblassers wegen Verletzung des Pflichtteils richtet sich nach BGB.**

Handelsgesetzbuch.

Literatur: 1. Systematische Darstellungen. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. Stuttgart 1909/10. — Lehmann, Deutsches Handelsrecht, 2 Teile. Leipzig 1910. — 2. Kommentare: Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB., Bd. II, Teil 2, 2. Aufl. Mannheim 1909/10. — Ritter, Das HGB. mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1909/10. — Staub-Pisko, Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB., 2. Aufl. (österreichische Ausgabe).

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. I. 1. M. Wolff, Über den Kaufmannsbegriff, Berliner Festgabe f. Gierke II, 117 ff. Insbes. ist der Kommanditist nicht Kaufmann. Derselbe, Über den Gewerbebegriff, Berliner Festgabe f. Gierke II, 122 ff.

2. Pappenheim, Zum Kaufmannsbegriffe des HGB., LeipzZ. **10** 1 ff., spricht sich dafür aus, daß der herrschende Kaufmannsbegriff (Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt) beibehalten wird (vgl. das. in der Kieler Festgabe für Albert Hänel [1907] 147 ff., Bolze, R. **09** 570). Der Verf. wendet sich eingehend gegen den Versuch Sohms, diesen Kaufmannsbegriff durch einen anderen: Kaufmann ist der zur Leitung eines Handelsgewerbes aus eigener Person Berechtigte zu ersetzen (LeipzZ. **09** 594 ff.). Der Kommanditist ist daher Kaufmann im Sinne des HGB.

II. Rechtsprechung. S. auch zu § 4. 1. **RG.** JW. **09** 666, R **10** Nr. 3645. Ein gewerbsmäßiger Baugelddarleiher kann Kaufmann sein, wenn er in großem Umfange nicht bloß für Bauten, an denen er selbst beteiligt ist, Baugelder darleiht und Baugelddarlehen vermittelt.

2. SeuffBl. **10** 525, LeipzZ. **10** 869 ff., R. **10** Nr. 2068—2070 (BayObLG.). Personen, die sich zur gewerbsmäßigen Herstellung und Veräußerung von Parfümerien verbunden, die Herstellung aus angekauften Stoffen aber nur eigenhändig und ohne Hilfskräfte und ohne Maschinen mit einem Kapitale von 900 M. ohne Inanspruchnahme von Bankkredit betrieben und ihre Geschäftsbücher nicht geführt haben, sind nicht Vollkaufleute, aber auch nicht Handwerker, sondern Kleingewerbetreibende; die Firma einer offenen Handelsgesellschaft dürfen sie nicht führen (HGB. §§ 1, 4). Auch die Inhaber von Bearbeitungs- und Verarbeitungsgewerben können Kleingewerbetreibende sein (gegen Staub [8] Anm. 17 zu § 4 HGB.).

3. Ziff. 2. **RG.** ZBlFG. **10** 657, R. **10** Nr. 771. Der Besitzer oder Mitbesitzer einer Dampfwäscherei, die jährlich etwa 27 000 M. Reingewinn abwirft, mit Maschinenbetrieb und kaufmännischem Personal arbeitet, betreibt ein Handelsgewerbe nach § 1 Ziff. 2 HGB. (**RG.** [Strafs.] **22** 271). Waren sind alle beweglichen Sachen, welche Gegenstand des Handelsverkehrs sein können (D. z. EGHGB. 11), sonach auch getragene Kleider und Wäsche, die zum Zwecke der Reinigung bearbeitet werden sollen.

§ 2. 1. Isay, Das Recht am Unternehmen (Berlin 1910).

2. *M. Wolff, Begriff des kaufmännischen Unternehmens (Erwerbsgeschäfts), Berliner Festgabe für Gierke II 120 ff. Das Unternehmen ist von dem Handels-

vermögen zu scheiden. Es ist Objekt eines absoluten Herrschaftsrechts, deshalb selbständig verpfändbar und pfändbar (aM. **RG. 70** 228, **68** 51 f.).

§ 3. SchlHolstAnz. **10** 74 (Kiel). Ein Handelsgärtner, der eigene Produkte verkauft, ist nicht Kaufmann. Eigene Produkte sind auch anderweitig gekaufte Pflanzen, die er in seinen eigenen Boden eingepflanzt und kultiviert hat.

§ 4. I. Neukamp, R. **10** 145 ff. Handwerker sind, sofern sie nebenher das im § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. bezeichnete Grundhandelsgeschäft gewerbsmäßig betreiben, Minderkaufleute, und zwar ohne Rücksicht auf den Umfang ihres handwerksmäßigen Betriebs. Es ist also bei derartigen Personen nur zu prüfen, ob ihr Betrieb nicht als Fabrik anzusehen ist und sie um deswillen zu den Vollkaufleuten im Sinne des § 1 oder des § 2 HGB. zu zählen sind. Nur in dem Falle des § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 9 HGB. erachtet das Gesetz den Betrieb schon dann nicht für einen handwerksmäßigen, wenn er seinem Umfange nach über den Betrieb eines Handwerkes hinausgeht; in diesem Falle wird also die Frage, ob ein handwerksmäßiger oder ein Fabrikbetrieb vorliegt und ob letzterenfalls die Vollkaufmanns-Eigenschaft des Gewerbetreibenden begründet ist, lediglich nach dem Umfange des Betriebs zu entscheiden sein. Für die Frage, ob ein Kleingewerbebetrieb vorliegt, der den Unternehmer zum Minderkaufmanne stempelt, ist einzig und allein der Umfang seines Geschäftsbetriebs entscheidend. § 2 HGB. kommt in diesem Falle weder unmittelbar, noch entsprechend zur Anwendung.

II. Rechtsprechung. **RG.** SächsRpflA. **10** 20. Die Vollkaufmannseigenschaft kann nicht allein damit begründet werden, daß das Geschäft einen jährlichen Umsatz von 10 000 M. gehabt habe und daß ein Umsatz von dieser Höhe über den Rahmen des Kleingewerbes hinausgehe. Ein Gewerbebetrieb geht nur dann über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, wenn er nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordert, ohne den letzterer also nicht in ordnungsmäßiger und zuverlässiger Weise erfolgen kann. Dabei ist nicht bloß die Höhe des Umsatzes, sondern die ganze Art des Betriebs in Betracht zu ziehen; besonders müssen der Umfang und die Art des Kreditnehmens und Kreditgebens, der Umfang und die Art des Wechselverkehrs, die Zahl und die Art der Geschäftsabschlüsse, die Zahl der Gläubiger und Schuldner und alle sonstigen Umstände des Falles für die Frage, ob ein ordnungsmäßiger und zuverlässiger Betrieb nur bei kaufmännischer Einrichtung möglich war, ins Gewicht fallen.

§ 5. M. Wolff, Berliner Festgabe für Gierke II 138 ff. Inhalt dieses Paragraphen ist: Das Gewerbe eines zu Unrecht in das Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden ist Handelsgewerbe (und „gilt" nicht nur als solches); der Eingetragene ist Vollkaufmann, aber ohne das Recht, es zu bleiben (anders die herrschende Lehre). Es steht damit wie bei der sog. nichtigen Aktiengesellschaft. Die Lehre Staubs vom Scheinkaufmann ist angreifbar, ebenda 124 f. — § 5 im Verhältnisse zu § 15 HGB.: ebenda 146 f.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. Rechtsprechung. 1. RJA. **10** 214, ZBlFG. **10** 118 (KG.). Das Registergericht hat die Pflicht, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten, wenn die Entscheidung über einen Eintragungsantrag davon abhängt, ob die von einem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft erklärte Anfechtung des Gesellschaftsvertrags wirksam ist.

2. KGJ. **39** A 122 ff. Das Prüfungsrecht des Registergerichts darf auch bei Eintragungen von rechtserzeugender Bedeutung nicht dazu führen, den Anmeldenden Nachweise aufzuerlegen, die über das den Umständen nach billigerweise einzuhaltende Maß hinausgehen. Deshalb darf die Eintragung einer Satzungsänderung bei einer GmbH. nicht davon abhängig gemacht werden, daß sämtliche seit Beginn der Ge-

sellschaft stattgehabte Übertragungen von Geschäftsanteilen dem Registergericht urkundlich nachgewiesen werden.

§ 12. (GmbHG. § 12.) Rechtsprechung. 1. SächsOLG. **31** 184, R. **10** Nr. 4012 (Dresden). Der Firma der Zweigniederlassung einer GmbH. darf nicht der Name des Geschäftsführers und Erwerbers eines Anteils beigefügt werden.

2. LeipzZ. **10** 952 (LG. Paderborn). Die Anmeldung eines Unternehmens des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes zum Handelsregister (§ 36 HGB.) kann in der Form des § 12 HGB. erfolgen. Die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Unterschriften der Mitglieder der anmeldenden Behörde ist nicht nötig (vgl. § 128 FGG.). Es genügt, wenn die für die Anmeldungen zuständige Behörde in der für ihre Willenserklärungen vorgeschriebenen Form und unter Beidruck des Amtssiegels die Anmeldung bewirkt.

§ 13. Rechtsprechung. Vgl. zu § 29. 1. R. **10** Nr. 2711 (BayObLG.). Für den Begriff der Hauptniederlassung im Gegensatze zur Zweigniederlassung ist der Umfang des Betriebs nicht allein maßgebend, sondern auch der Wohnsitz des Geschäftsführers und der Sitz der Verwaltung.

2. KGJ. **39** A 117, R. **10** Nr. 1828 (KG.). Die Gesellschaft, welche am statutarisch bestimmten Sitze einen Geschäftsbetrieb überhaupt nicht, sondern am dritten Orte ausübt, ist gehalten, diesen Betrieb als Zweigniederlassung anzumelden, selbst wenn jener im Bezirke des Registergerichts des „Sitzes" liegt. Eine selbständige Handelsniederlassung, die eine GmbH. außerhalb ihres satzungsmäßigen Sitzes errichtet, ist auch dann als Zweigniederlassung zu behandeln, wenn die Gesellschaft an anderer Stelle, besonders an ihrem Sitze, eine Handelsniederlassung nicht hat.

§ 14. 1. Marcus, Stellung des Registerrichters zur Anmeldung der Firma eines Fondsmaklers, HoldheimsMSchr. **10** 165. Der Fondsmakler ist Handelsmakler, also Kaufmann im Sinne des § 1 HGB. Den Nachweis, daß bereits Geschäftsabschlüsse von ihm vermittelt sind, kann der Registerrichter nicht vor der Eintragung von ihm fordern.

2. Marcus, Lücken und Härten im registerlichen Ordnungsstrafverfahren, R. **10** 663, macht Vorschläge zur Änderung des § 32 FGG. und § 40 GmbHG., § 14 HGB.

3. KGJ. **37** A 177, LeipzZ. **10** 351. Wenn für ein einheitliches Handelsgeschäft zwei Firmen im Handelsregister eingetragen stehen, die beide an sich zu Recht eingetragen waren (z. B. weil zwei bis dahin selbständige Geschäfte vereinigt wurden), so kann der Geschäftsinhaber im handelsgerichtlichen Ordnungsstrafverfahren angehalten werden, nach seiner Wahl entweder die eine oder die andere Firma zur Löschung anzumelden. Der Inhaber kann aber auch sein Geschäft wieder in zwei selbständige Geschäfte mit je einer der beiden Firmen zerlegen, indem er jedem die dazu erforderliche Selbständigkeit gibt. Dies kann auch noch nach Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens geschehen.

§ 16. R. **10** Nr. 1831 (KG.). (§ 39 GmbHG., § 894 ZPO.) Wenn die GmbH. rechtskräftig verurteilt ist, die Beendigung des eingetragenen Geschäftsführungsverhältnisses zum Handelsregister anzumelden, so ist damit fingiert, daß von den zur Anmeldung berufenen Personen die erforderlichen handelsregisterlichen Erklärungen in der gesetzlichen Form abgegeben sind; der Registerrichter muß also auf Grund der Urteile die Eintragung der in deren Formeln enthaltenen Tatsachen bewirken, wenn auch zur Zeit der Antragstellung die GmbH. keine Vertreter neu bestellt hat.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. I. Josef, Streitfragen aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, II. Die Firma bei öffentlichen Beurkundungen (295 ff.), R. **10** 293 ff., hält es für zulässig, daß der Inhaber einer Firma eine Urkunde mit dem in dieser

Firma enthaltenen und nicht mit seinem eigenen bürgerlichen Namen unterschreibt und die Beglaubigung dieser Unterschrift von der Urkundsperson verlangt. Denn auch die Firma ist der Name des Kaufmanns (§ 17 HGB.).

II. Rechtsprechung. Vgl. zu § 28. 1. **RG.** JW. **10** 120 Nr. 31, R. **10** Nr. 379. Die in Österreich-Ungarn bestehenden Firmen sind auch in Deutschland geschützt (Staatsvertrag mit Österreich-Ungarn v. 6. Dezember 1891, Beitritt Österreich-Ungarns zur Union, RGBl. **08** 654, Übereinkommen v. 17. November 1908, RGBl. 655, 659).

2. RJA. **10** 135, R. **10** Nr. 275 (KG.). Zum bürgerlichen Namen gehört nicht der Vorname. Für den Handelsverkehr folgt dies aus Art. 16 HGB. aF. und § 18 HGB. n. F. (D. z. HGB. 34). Irgendwelche Rückschlüsse darauf, was unter dem bürgerlichen Namen zu verstehen ist, können aus dieser Vorschrift nicht gezogen werden.

3. (§ 12 WarenZG.) **RG.** R. **10** Nr. 2960. Auf das Namensrecht der Vereine sind die firmenrechtlichen Gesetzesvorschriften sowie die Vorschriften zum Schutze der Warenbezeichnungen nicht anwendbar. Auch die Namensabkürzung eines Vereins ist kein Warenzeichen. Wohl kann eine solche Abkürzung, wenn darin eine gemeinverständliche Wiedergabe des Vereinsnamens zu erblicken ist, unter den Schutz des § 12 HGB. fallen.

4. DJZ. **10** 655, R. **10** Nr. 2287 (München). Der Gebrauch einer Abkürzung der Firma ist nur ausnahmsweise (§ 13 WarenZG.) und nur in der Weise zulässig, daß die Tatsache der Abkürzung und die Firma, die abgekürzt sein soll, für jeden erkennbar ist.

§ 18. Rechtsprechung. 1. KGJ. **38** A 158 ff., RJA. **10** 135, ZBlFG. **10** 492, R. **10** Nr. 276 (KG.). Eine Person, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, ist befugt, im Geschäftsverkehre dem bürgerlichen Namen einen abgekürzten Vornamen beizufügen. Aus allgemeinen Erwägungen oder Rechtsgrundsätzen ergibt sich die Unzulässigkeit der Abkürzung nicht. Bei einer seit dem 1. Januar 1900 neu eingetragenen Firma muß der Vorname ausgeschrieben werden. Zum bürgerlichen Namen gehört nicht notwendig auch der Vorname. Ein Minderkaufmann ist daher berechtigt, im Handel seinen Familiennamen ohne Vornamen oder mit einem abgekürzten Vornamen zu gebrauchen.

2. (Art. 22 EGHGB.) KGJ. **39** A 102, RJA. **10** 204, OLG. **21** 369, ZBlFG. **10** 110, R. **10** Nr. 2457 (KG.). Wird eine vor dem 1. Januar 1900 in das Handelsregister eingetragene Firma eines Einzelkaufmanns nach diesem Zeitpunkte durch Beifügung eines Zusatzes geändert, so muß sie von neuem einen ausgeschriebenen Vornamen enthalten. Denn es ist durch die Beifügung des Zusatzes eine neue Firma entstanden und die alte untergegangen. Daraus aber folgt, daß die im Art. 22 EG. BGB. den älteren Firmen zugestandene Vergünstigung, daß sie ungeändert bestehen bleiben durften, verloren geht, wenn der Firmeninhaber von seiner Befugnis, die Firma ungeändert fortzuführen, keinen Gebrauch macht, vielmehr die Firma ändert, also durch eine neue, wenn auch der bisherigen ähnliche, so doch in irgendeiner Hinsicht von ihr abweichende Firma ersetzt. Jede Änderung der Firma führt also dazu, daß sie dem jetzt geltenden Rechte anzupassen und daher mindestens ein ausgeschriebener Vorname in sie aufzunehmen ist (Lehmann, GoldschmidtsZ. **48** 53, Lehmann-Ring, HGB. I 79 Anm. 7 d zu § 18).

3. OLG. **20** 396, BankA. **9** 61 (KG.). Die Firma bestimmt sich in allen ihren Einzelheiten durch die Eintragung in das Handelsregister. Die darin eingetragene Firma ist geschützt. Die Aktiengesellschaft, welche eine Firma führt, hat Anspruch darauf, daß die ihr infolge der Eintragung im Handelsregister zukommende Firmenbezeichnung vom Staate auch im Grundbuchverkehr angewendet und dementsprechend

geschrieben wird, auch wenn diese Schreibweise von der amtlichen Rechtschreibung abweicht (Grundcreditbank statt Grundkreditbank).

4. **RG.** JW. **10** 120 Nr. 31, R. **10** Nr. 380. Unzulässig ist eine Firma, welche geeignet ist, im Geschäftsverkehre Täuschungen über die von dem Inhaber hergestellten oder vertriebenen Waren herbeizuführen. So ist z. B., da das Publikum noch heute unter „Pilsener Bier" das echte in Pilsen gebraute Bier versteht, die Führung der Firma Pilsener Brauhaus GmbH. durch die in Berlin ansässige Beklagte, die ihre Brauerei in Königs-Wusterhausen bei Berlin hat, zu Täuschungen über die Art des Geschäfts der Beklagten, besonders über die Waren, die von ihr hergestellt und vertrieben werden, geeignet.

5. WürttJ. **52** 268 (Stuttgart). Die Bezeichnung „Salvatorbrauerei Gmünd" verstößt trotz des in Gmünd und Umgebung bekannten Zusammenhanges des Wortes Salvatorbrauerei mit dem dortigen Salvatorberg und des örtlich beschränkten Geschäftsbetriebs dieser Brauerei gegen § 18 Abs. 2 HGB., weil durch sie die Vorstellung erweckt werden kann, es bestehe zwischen der bekannten Münchener Brauerei und der Salvatorbrauerei Gmünd ein Zusammenhang und das in dieser hergestellte Bier sei ein dem Münchener Salvatorbiere gleichwertiges Erzeugnis.

6. OLG. **21** 368, ZBlFG. **9** 657, MecklZ. **28** 187 (Rostock). Unzulässige Zusätze zur Handelsfirma, Zusätze zu einer Firma, z. B. Dr. of dental surgery zu einer Apothekerfirma, können nicht bloß, weil sie gegen § 18 HGB. verstoßen, sondern auch aus anderen Gründen nicht gestattet sein, z. B. wenn der Firmeninhaber sich entgegen § 147 Ziff. 3 GewO. als Arzt (Zahnarzt) bezeichnen oder sich einen anderen ärztlichen Titel beilegen will, der den Glauben erwecken soll, sein Inhaber sei eine geprüfte Medizinalperson. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob er das Bewußtsein hat, daß dadurch das Publikum getäuscht wird. Es genügt, daß der Zusatz geeignet ist, den Täuschungserfolg herbeizuführen, den die Strafvorschrift des § 147 GewO. verhindern will.

7. **RG. 72** 38 ff., RJA. **10** 144, LeipzZ. **10** 75, ZBlFG. **10** 499, R. **10** Nr. 459. Im Königreiche Sachsen kann eine Hypothek auf den Namen der Firma eines Einzelkaufmanns eingetragen werden (SächsVO. v. 26. Juli 1899 § 64). § 1115 BGB. steht dem nicht entgegen; denn hier ist nur vorgeschrieben, daß bei der Eintragung der Gläubiger angegeben werden muß. Ist eine Hypothek für die Firma eines Einzelkaufmanns eingetragen, so kann aus der Eintragung die Person des Gläubigers mit Sicherheit bestimmt werden. Eine solche Eintragung mag, da sie im Falle eines Wechsels des Firmeninhabers bei der Verfügung über die Hypothek leicht zu Weiterungen führen kann, wenig zweckmäßig sein, zur sicheren Feststellung des gegenwärtigen Gläubigers reicht sie jedenfalls aus. S. a. BGB. § 1115 Ziff. 6.

§ 19. (§ 30.) KGJ. **39** A 104 (KG.). a) Eine aufgelöste offene Handelsgesellschaft hat eine neue Firma zu bilden, wenn sie das von ihr betriebene Handelsgeschäft mit der Firma veräußert hat, aber die von der Veräußerung ausgeschlossenen Vermögenswerte durch Liquidation abwickeln und die Eintragung der Liquidation im Handelsregister herbeiführen will. b) Die neugebildete Firma der aufgelösten Gesellschaft muß den Vorschriften der §§ 19, 30 HGB. entsprechen, wobei der Zusatz „in Liq." als Unterscheidungsmerkmal nicht genügt. c) Fällt nach dem Erlasse des landgerichtlichen Beschlusses ein dem Antrage des Beschwerdeführers entgegenstehendes Bedenken weg, wird z. B. die ältere Firma gelöscht, von der sich die angemeldete neue Firma nicht deutlich unterscheidet, so kann diese neue Tatsache nicht die weitere Beschwerde, sondern nur einen neuen Antrag bei dem Gericht erster Instanz begründen.

§ 20. 1. OLG. **21** 371 (Hamburg). § 20 HGB. schreibt nicht vor, daß eine Aktiengesellschaft eine Firma zu führen hat, die in der Regel vom Gegenstande des Unternehmens zu entlehnen ist, mit dem Zusatz „Aktiengesellschaft", sondern die

Firma soll außer der Angabe des Gegenstandes des Unternehmens die Bezeichnung Aktiengesellschaft enthalten. Die für die Firma gewählte Fassung muß vollständig gemeinverständlich und absolut zweifelsfrei sein. Die Firma „Bremer Droschken-Aktiengesellschaft" ist zulässig.

2. OLG. **21** 369 (Braunschweig). Es ist nicht unzulässig — entgegen Art. 18 HGB. aF. — unter dem neuen HGB. Personennamen in die Firma einer AG. aufzunehmen, wenn ein berechtigtes Interesse hieran besteht. Ein solches Interesse kann namentlich bei der Umwandlung eines bisher unter einer anderen Rechtsform betriebenen Geschäfts in eine Aktiengesellschaft vorhanden sein.

3. OLG. **21** 372, KGJ. **39** A 302, vgl. KGJ. **36** A. 127, LeipzZ. **10** 84 ff., DJZ. **09** 1212 (Hamburg). [Das OLG. Hamburg war ursprünglich anderer Ansicht gewesen und hat erst auf Entsch. des RG. (§ 28 Abs. 2 FGG.) so entschieden.] Der Firmenzusatz Gesellschaft mit beschränkter Haftung darf bei Gebrauch der Firma unterschiedslos in GmbH. abgekürzt werden.

§ 22. Vgl. zu §§ 25, 26. I. 1. Meyer, LeipzZ. **10** 60 ff. Das Firmenrecht ist kein Vermögensrecht. Der Konkursverwalter oder der Liquidator eines Handelsgeschäfts kann über das Firmenrecht nur mit Einwilligung des Gemeinschuldners oder bisherigen Geschäftsinhabers verfügen, einerlei, ob es sich um eine Eigenfirma oder um eine Fremdfirma handelt. Bei juristischen Personen ist diese von demjenigen Organe der Vereinigung zu erteilen, welches ihren Gesamtwillen zum Ausdrucke zu bringen hat, also bei Aktiengesellschaften von der Generalversammlung und nicht vom Vorstande (vgl. RJA. **9** 46 [KG.]).

2. Marcus, Die Rechtsstellung des Verkäufers eines Handelsgeschäfts gegenüber dem Käufer, R. **10** 561, 562. Das Handelsgeschäft als solches ist Gegenstand des Rechtsverkehrs (vgl. **RG. 70** 226 ff.), auch ohne die Firma. §§ 30, 37 HGB. sind nur firmenrechtlicher Natur und regeln nur die Firmenkonkurrenz (§ 37 Abs. 2). Abgesehen von der Firmenveräußerung ist die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Bedeutung. Diese schließt jedenfalls bei Kleinhandelsgeschäften die Verpflichtung in sich, kein Konkurrenzgeschäft in derselben Straße zu eröffnen. Dies ist ein Anspruch des Käufers aus §§ 433 ff. BGB. Eine besondere Konkurrenzklausel zum Schutze des Käufers ist unnötig.

3. Bondi, ZBlFG. **11** 357 f. Schlechthin verboten ist jede Veräußerung einer Firma ohne Handelsgeschäft; dem steht ein öffentliches Interesse entgegen. Das gleiche gilt, wenn jemand zuerst sein Handelsgeschäft ohne die Firma veräußert und dann lange Zeit später nachträglich noch die Firma veräußern will. Denn durch die Veräußerung des Geschäfts ohne die Firma ist der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen diesen beiden durchschnitten und kann nachträglich nicht wieder hergestellt werden. Anders aber, wenn tatsächlich ein Handelsgeschäft mit der Firma veräußert worden ist. In diesem Falle bleibt der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Geschäft und Firma erhalten, solange beide verbunden bleiben. Aus diesem Grunde entfällt in diesem Falle jedes öffentliche Interesse an der Löschung der Firma, und es ist Raum für die freie Bestimmung der Parteien. Diese können dann auch über das in der Firma liegende Namensrecht nach Belieben verfügen, und es ist auch unbedenklich, wenn eine zunächst nur auf eine bestimmte Zeit gestattete Fortführung der Firma später beliebig verlängert wird.

4. Marcus, Zur Frage der Zulässigkeit der Veräußerung einer gelöschten Firma, HoldheimsMSchr. **10** 21 ff. Die Veräußerung einer gelöschten Firma ist unzulässig, weil sie kaufmännisch nicht als erhaltungsbedürftig angesehen wird (gegen das KG., welches meint, es müsse zunächst noch festgestellt werden, ob der Veräußerer sein Geschäft nach der Löschung als Vollkaufmann weiter betrieben habe).

II. Rechtsprechung. S. zu §§ 16, 23, 25, 26, 30, 37. 1. RJA. **10** 180, ZBlFG. **11** 93, R. **10** Nr. 2449 (KG.). Auch wenn die Firma eines Handelsgeschäfts

zur Zeit des Erwerbes des Geschäfts nicht im Handelsregister eingetragen war, ist der Erwerber dieses Geschäfts event. zur Führung der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes berechtigt. Wesentlich ist dabei nur, ob es sich um den Erwerb eines bestehenden, bisher einem Vollkaufmanne gehörenden Geschäfts handelt (Staub [8] I 135 Anm. 1 a ff. zu § 22).

2 **RG.** R. **10** Nr. 3646, 3647. Darin, daß einer neugegründeten Firma der Zusatz „vormals N. N." hinzugefügt wird, liegt eine Fortführung der Firma N. N. (**RG. 56** 137). Wer eine Firma mit der Verpflichtung, die Firma nicht in einem bestimmten Geschäftszweige zu verwenden, übernommen hat, und später seinerseits die Firma in eine Gesellschaft einbringt, handelt vertragswidrig und macht sich dem früheren Firmeninhaber gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er nicht dafür sorgt, daß auch die Gesellschaft die Firma nicht in dem ausgeschlossenen Geschäftszweige verwendet.

3. KGJ. **39** A 107, RJA. **10** 205, OLG. **21** 373, ZBlFG. **11** 111, R. **10** Nr. 2458 (KG.). Führt der Pächter eines Handelsgeschäfts dieses unter der bisherigen Firma fort, so ist die Löschung seines Namens als Inhabers der Firma nur mit Zustimmung des Verpächters oder nach seiner Verurteilung dazu zulässig. Denn mit Beendigung des Pachtverhältnisses ist der frühere Zustand des Registers wieder herzustellen. Die Löschung des Pächters darf daher nicht ohne gleichzeitige Wiedereintragung des Verpächters vorgenommen werden. Denn ein Zustand des Handelsregisters, nach welchem dieses betreffs einer eingetragenen Firma keine Auskunft darüber gibt, wer deren Inhaber ist, kann nach dem Zwecke des Registers auch vorübergehend nicht für zulässig erachtet werden. Eine Eintragung in das Handelsregister erfolgt aber nur dann, wenn sie von allen Beteiligten beantragt oder bewilligt, d. h. zur Eintragung angemeldet wird.

4. RJA. **10** 180, ZBlFG. **11** 93, R. **10** Nr. 2449 (KG.). Auch wenn die Firma eines Handelsgeschäfts zur Zeit des Erwerbes des Geschäfts nicht im Handelsregister eingetragen war, ist der Erwerber dieses Geschäfts event. zur Führung der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatzes berechtigt.

5. (§ 105.) LeipzZ. **10** 485, R. **10** Nr. 2712 (KG.). Die bloße Fortführung eines Handelsgeschäfts durch die Erben ohne, wenn auch stillschweigend, abgeschlossenen Vertrag bringt keine offene Handelsgesellschaft zum Entstehen, namentlich nicht, wenn Minderjährige beteiligt sind und deshalb die Mitwirkung des Pflegers und die Genehmigung des Vormundschaftsrichters nötig ist.

6. BayRpflZ. **10** 63, R. **10** Nr. 572 (München). Mit der Firma gehen auch die Rechte aus bereits rechtskräftig erwirkten Untersagungsurteilen auf den neuen Erwerber über; dieser kann sich vollstreckbare Ausfertigung erteilen lassen.

7. RheinA. **106** I 26 (Cöln). Gestattet der Inhaber der Firma dem Erwerber seines Handelsgeschäfts die Fortführung der Firma nur für eine bestimmte Zeit, so ist er nicht berechtigt, nachträglich die Weiterführung der Firma noch über jene Zeit hinaus zu gestatten. Die Firma ist vielmehr mit Ablauf jener Zeit zu löschen (§§ 22, 23 HGB.). Ein Kaufmann namens Guttmann wird in seinem Namensrechte nicht dadurch verletzt, daß ein anderer Gewerbetreibender in einer anderen Stadt ohne Verletzung eines schutzwürdigen Interesses des ersteren, wenn auch unbefugt, die Firma Gutmann u. Cie. führt (§§ 12, 826 BGB., § 8 UnlWG.).

8. R. **10** Nr. 4177 (Düsseldorf). Wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung sein Geschäft mit der Firma, die seinen Namen nicht enthält, veräußert hat, so ist die Firma für ihn ein unpersönliches Wertrecht geworden. Für den Fall, daß der Konkursverwalter das Geschäft dann unter Ausschluß der Firma zurück-

erwirbt und an einen Dritten weiterveräußert, kann der Gemeinschuldner die Führung der Firma diesem Dritten nicht untersagen.

9. LeipzZ. **10** 253 (LG. Hamburg). Wenn der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner das Geschäft und die Firma veräußert haben, so ist der Erwerber als neuer Firmeninhaber im Handelsregister einzutragen. Ein dem § 30 HGB. widersprechender Zustand entsteht nicht.

§ 25. I. *Reichel, JW. **10** 742. Der Geschäftsnachfolger eines Kaufmanns erwirbt zwar kraft guten Glaubens das Eigentum auf Sachen, an denen der schlechtgläubige Vorgänger kein Eigentum erworben hatte (§ 932 BGB.); insofern jedoch die den Vorgänger belastende Herausgabepflicht (§ 985 BGB.) eine im Geschäftsbetrieb entstandene Verbindlichkeit darstellt, geht gemäß § 25 HGB. die Herausgabepflicht als eine schuldrechtliche auf den Erwerber über.

II. Rechtsprechung. S. zu §§ 22, 26, 30, 37. 1. **RG. 73** 71 ff., JW. **10** 394. Ein bestehendes Handelsgeschäft wird von dem neuen Erwerber im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB. unter der bisherigen Firma nur dann fortgeführt, wenn er dem Publikum gegenüber den Willen zu erkennen gibt, daß die alte Firma auch jetzt noch die Firma des auf den neuen Inhaber übergegangenen Handelsgeschäfts sein solle. Eine solche Willenserklärung liegt nicht schon in jedem vereinzelten gelegentlichen, durch besondere Umstände veranlaßten Gebrauche der bisherigen Firma.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 393, R. **10** Nr. 1437. Unter der Fortführung eines Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma ist die dem Publikum gegenüber zu erkennen gegebene Willensmeinung zu verstehen, daß die alte Firma auch jetzt noch die Firma des auf den neuen Inhaber übergegangenen Handelsgeschäfts sein solle. Eine solche Willenserklärung ist in einem vereinzelten, gelegentlichen, durch besondere Umstände veranlaßten Gebrauche der bisherigen Firma — der neue Inhaber hatte einzelne Rechnungen noch unter Benutzung von Formularen mit dem früheren Vordruck ausgestellt und kurze Zeit verstreichen lassen, ehe er die alte Firmenaufschrift an der Hauswand übermalen ließ — nicht zu finden.

3. **RG.** LeipzZ. **10** 407. Es kann im allgemeinen, sofern nicht besondere Umstände dafür sprechen, nicht angenommen werden, daß auch Verbindlichkeiten aus Hilfsgeschäften zu sog. Vorbereitungsgeschäften unter die im § 25 HGB. bezeichneten Verbindlichkeiten fallen. Besonders fehlt es bei einer Darlehnsaufnahme zur Beschaffung der Mittel, um ein Handelsgeschäft erst zu erwerben, an jenem unmittelbaren Zusammenhange mit dem Betriebe des Handelsgeschäfts, bei dessen Vorliegen das RG. in ständiger Rechtsprechung den § 25 HGB. auch auf Fälle angewendet hat, in denen die Verbindlichkeit vor der Eröffnung des Betriebs entstanden war, z. B. bei der Miete eines Geschäftslokals, der Anschaffung von Waren, der Annahme von Handlungsgehilfen, dem Erwerbe des Handelsgeschäfts selbst (vgl. **RG.** SeuffA. **22** Nr. 259, LeipzZ. **08** 224 Nr. 7). Erwirbt eine GmbH. ein Handelsgeschäft und führt es unter der bisherigen Firma fort, so gehen kraft Gesetzes (§ 25 HGB.) alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers auf den Erwerber über, soweit nicht die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 vorliegen. Dies gilt auch für den Fall, daß die Übernahme eines Handelsgeschäfts bei der Errichtung einer GmbH. erfolgt war.

4. (S. zu § 344.) **RG.** LeipzZ. **10** 468, DJZ. **10** 426. Die Vermutung des § 344 Abs. 2 HGB. ist zwar nicht anzuwenden, wenn es sich darum handelt, auf Grund der Auslegung des Willens der Parteien festzustellen, welche Forderungen sie bei einer von ihnen getroffenen Verfügung über das Handelsvermögen als zu diesem Vermögen gehörend gerechnet haben. § 25 HGB. gewährt dagegen, wenn, wie hier, die Bestimmungen des Abs. 2 nicht eingehalten sind, dem Gläubiger ohne Rücksicht auf die zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber des Handelsgeschäfts eingegangene Vereinbarung kraft Gesetzes einen besonderen Schutz. **Für den Eintritt**

dieses Schutzes ist die Regel des § 344 Abs. 2 maßgebend, die darüber Bestimmung trifft, wann eine Forderung im Sinne des Gesetzes als zum Handelsbetriebe gehörend zu erachten ist, z. B. eine Darlehnsforderung, wenn der Schuldner den Schuldschein nicht mit der Firma, sondern mit seinem bürgerlichen Namen unterschrieben hat.

5. (§ 414 BGB.) **RG.** JW. **10** 651, LeipzZ. **10** 618. Wird eine offene Handelsgesellschaft durch Vereinbarung aufgelöst und übernimmt dabei ein Teilhaber das Geschäft mit Aktiven und Passiven, so wird dabei in der Regel der Gedanke fernliegen, daß die Rechte der Gläubiger gegen den ausscheidenden Gesellschafter hierdurch berührt würden. Wird die Übernahme den Gläubigern in handelsüblicher Weise mitgeteilt, so kann deswegen aus dem bloßen Schweigen des Gläubigers auch bei Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nicht ohne weiteres geschlossen werden, es sei eine befreiende Schuldübernahme genehmigt und der ausscheidende Gesellschafter frei geworden (**RG. 65** 27). S. a. BGB. § 414 Ziff. II zu 1 a.

6. **RG.** R. **10** Nr. 3083. Die Bestimmung des § 25 HGB. ist nicht anzuwenden auf eine Schuld, welche der Geschäftsinhaber, nachdem er in Konkurs geraten ist, wenn auch in bezug auf sein Geschäft eingegangen ist (er hatte in diesem Falle dem A. für die Vermittelung eines Zwangsvergleichs eine Provision versprochen und für den Fall des Zustandekommens des Zwangsvergleichs sein Geschäft an B. verkauft). Denn sie ist nicht im Betriebe des Geschäfts eingegangen. Der Vertrag ist geschlossen, während das Konkursverfahren schwebte. Der Gemeinschuldner war damals nach § 6 KO. nicht befugt, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen, besonders auch sein Geschäft zu verwalten und darüber zu verfügen. Mit dem Betriebe des Geschäfts hatte er während der Dauer des Verfahrens nichts zu tun. Verträge, welche die Fortführung und Veräußerung des Geschäfts nach beendetem Konkurse betrafen, konnte er mit voller Rechtswirksamkeit schließen. Der Hinweis auf die sog. Vorbereitungsgeschäfte versagt. Denn diese sind nur dann Handelsgeschäfte und fallen nur dann unter § 25, wenn der Betrieb eines kaufmännischen Geschäfts sich angeschlossen hat, nicht wenn es, wie hier, zu einem weiteren Betriebe nicht gekommen ist.

7. **RG.** R. **10** Nr. 3648. Die Vorschrift des § 25 HGB. setzt nicht voraus, daß die fortgeführte Firma vor der Übernahme ins Handelsregister eingetragen war.

8. **RG.** R. **10** Nr. 995. Die Bestimmung des § 25 Abs. 1 HGB. ist rein formell (**RG. 50** Nr. 25); ihre Anwendung setzt voraus, daß dieselbe Firma, allenfalls mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze, fortgeführt wird.

9. **RG.** SeuffA. **65** 54 ff. Die Übernahme des Vermögens eines anderen bewirkt Übergang der Schulden, auch auf dem Gebiete des Handelsrechts. § 25 HGB. und § 419 BGB. decken sich nicht und schließen sich nicht aus, sind vielmehr nebeneinander anzuwenden, wenn das übernommene Handelserwerbsgeschäft, wie dies bei Gesellschaften die Regel bildet, zugleich das ganze Vermögen der übertragenden Gesellschaft darstellt.

10. (§§ 311, 419 BGB.) **RG.** LeipzZ. **10** 393. Geht das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft mit Aktiven und Passiven auf einen neuen Erwerber über, so finden die §§ 311, 419 BGB. keine Anwendung. Denn es handelt sich dabei nicht um das ganze gegenwärtige Vermögen der Veräußerer oder um den Bruchteil eines solchen, sondern um ein Sondervermögen derselben, das dem Geschäftszwecke diente (§ 123 Abs. 2 HGB.). Die Haftung des Erwerbers für die Verbindlichkeiten des Handelsgeschäfts kann, wenn die Firma nicht weitergeführt wird, nur aus § 25 Abs. 3 HGB. begründet werden.

11. (§§ 311, 419 BGB.) OLG. **20** 164 (KG.). Da der Beklagte die Firma der GmbH. nicht fortführt, so haftet er nach § 25 Abs. 3 HGB. für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. Dieser ist nach § 419 BGB. gegeben, da der Beklagte alle Vermögensstücke der Gesellschaft

mit der Firma übernommen und damit ihr gesamtes geschäftliches Zweckvermögen erworben hat. Der Umstand, daß er nicht alle, sondern nur die in einer Bilanz verzeichneten Schulden übernommen hat, steht dem nicht entgegen (**RG. 69** 290). Eine wirkliche Schuldübernahme nach §§ 414, 415 ist nicht Voraussetzung des § 419, sondern nur die Übernahme eines Vermögensinbegriffs. S. a. BGB. § 419 Ziff. 2, 3.

12. HessRspr. **10** 98, DJZ. **10** 656, R. **10** Nr. 2288 (Darmstadt). Die Einstellung der Fortführung eines Handelsgeschäfts durch einen der Miterben ist nicht zulässig. Es bieten sich als Ausweg Ausschlagung der Erbschaft, Teilungsklage, Klage auf Anordnung der verlangten Einstellung des Geschäftsbetriebs.

13. OLG. **21** 374 (Hamm) [übereinstimmend Frankfurt, das. 375]. Die Mitteilung an Dritte muß unverzüglich in unmittelbarem Anschluß an den Erwerb und die Fortführung des Geschäfts erfolgen.

§ 26. R. **10** Nr. 2071 (Frankfurt). Hat der Erwerber das Geschäft mit den Passivis übernommen, so bleibt seine Verpflichtung dem Veräußerer gegenüber, diesen von einer im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeit zu befreien, auch dann bestehen, wenn der Veräußerer dem Gläubiger gegenüber Verjährung einwenden könnte. Denn die Verjährung bringt die Forderung nicht zum Erlöschen. Der Veräußerer kann ein Interesse daran haben, die Einrede der Verjährung nicht vorzuschützen. § 226 BGB. ist nicht anwendbar.

§ 27. 1. Abs. 2. Wachsner, Die Haftung des Erben für Geschäftsverbindlichkeiten aus der Schwebezeit des § 27 Abs. 2 HGB., LeipzZ. **10** 387 ff. Weder die Erbeneigenschaft des Fortführers des Handelsgeschäfts schließt seine persönliche Haftung für die Geschäftsschulden in der Schwebezeit aus, noch läßt sich behaupten, daß das dreimonatige Provisorium seine Haftung für jene Verbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränkt. Der Erbe, welcher während der Schwebezeit Geschäftsverbindlichkeiten eingeht, haftet dafür den Gläubigern als derzeitiger Inhaber des Handelsgeschäfts notwendig unbeschränkt und unmittelbar.

2. SeuffA. **65** 157 (Hamburg). Der Erbe des verstorbenen Inhabers der Firma haftet persönlich, wenn er als Prokurist der Firma Waren bestellt, ohne den Erbfall zu erwähnen.

§ 28. Rechtsprechung. S. auch zu §§ 22, 25, 30, 343, 344. 1. **RG. 72** 434, JW. **10** 193 Nr. 22, R. **10** Nr. 996, 997. Auch bedingte Ansprüche gehen, wenn sie sich aus dem Betriebe des Geschäfts ergeben, auf die Gesellschaft über. Der Begriff der „im Betriebe des Geschäfts" begründeten Forderungen deckt sich mit der Bestimmung im § 343 Abs. 1 HGB., wonach alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte sind. Danach beschränken sich dieselben nicht auf die einzelnen Abschlüsse im Betriebe, sondern erstrecken sich auf alle geschäftlichen Beziehungen, die mit dem Betrieb in einem solchen Zusammenhange stehen, daß sie sich als Folge des betreffenden Gewerbebetriebs erweisen. Hierher gehören Ansprüche auf Vertragsstrafe aus einem im Gewerbebetrieb abgeschlossenen Vertrag, auch wenn die Vertragsstrafe erst später, nach Gründung der Gesellschaft, verfällt.

2. (§§ 25, 344 HGB.) **RG.** JW. **10** 758 Nr. 26, LeipzZ. **10** 689, R. **10** Nr. 2895. Übernimmt bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter das Geschäft der Gesellschaft mit Aktiven und Passiven, und zwar diese als Alleinschuldner, so gehört seine Verbindlichkeit, seine früheren Mitgesellschafter von der Haftung für die Passiven zu befreien, zu den im Betriebe seines Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten, für welche der neueintretende Gesellschafter haftet (§ 343 Abs. 1 HGB.). Die zum Erwerb eines Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten gehören zu den im Betriebe des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten im Sinne des § 28. Darunter werden wie unter den „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten" (§ 25) alle Verpflichtungen verstanden, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer

so engen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebs erscheinen (**RG. 58** 23).

3. (§ 15 HGB.) OLG. **21** 375 (KG.). § 28 setzt voraus, daß jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt. Die neue Gesellschaft muß also das Geschäft des bisherigen Einzelkaufmanns fortsetzen. Daß die frühere Firma nicht fortgeführt zu werden braucht, ist ausdrücklich hervorgehoben. Die Vorschrift ist also auch dann anzuwenden, wenn der bisherige Einzelkaufmann seine Firma löschen und für die neue Gesellschaft eine neue Firma für sich eintragen läßt. — Die Haftung der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers tritt, wenn keine abweichende Vereinbarung gemäß § 28 Abs. 2 HGB. kundgegeben wird, kraft Gesetzes ein, unabhängig davon, ob sich die Gläubiger vom Bestehen dieser Vereinbarung hätten Kenntnis verschaffen können. Nicht einmal die wirkliche Kenntnis einer solchen Vereinbarung, wenn sie nicht in der durch § 28 Abs. 2 vorgeschriebenen Weise erlangt ist, genügt zum Haftungsausschlusse (Staub § 28 Anm. 6, § 25 Anm. 21). Die Haftung der Gesellschaft tritt, wenn sie nicht nach § 28 Abs. 2 ausgeschlossen wird, zugunsten aller Gläubiger ohne weiteres ein, gleichviel, ob sie vom Eintritte der neuen Gesellschafter in das Geschäft des bisherigen Einzelkaufmanns Kenntnis erlangt haben oder nicht. Der § 28 wird auch durch § 15 Abs. 2 HGB. nicht berührt. Dieser betrifft nur Fälle, in denen das Gesetz den Beteiligten die Eintragung vorschreibt, nicht aber die Fälle, in denen wie im § 28 die Eintragung den Beteiligten freigestellt ist. Die Haftung der Gesellschaft für die Schulden ist nur nach § 28 zu beurteilen.

4. LeipzZ. **10** 946 (KG.). **Die Wirksamkeit der Eintragung des Ausschlusses der Haftung der jetzigen Mitinhaber des Geschäfts setzt nach § 28 Abs. 2 HGB. voraus,** daß die Eintragung unverzüglich der Übernahme des Geschäfts nachfolgt. Eine abweichende Auffassung kann nicht aus § 15 Abs. 2 HGB. begründet werden, welcher, wie aus Abs. 1 das. hervorgeht, nur von einzutragenden Tatsachen handelt und damit zum Ausdrucke bringt, daß nur die Fälle vorgeschriebener Eintragungen sein Anwendungsgebiet sind.

5. R. **10** Nr. 1438 (Colmar). Auch im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander gelten im Falle des § 28 HGB. die aus dem Betriebe des früheren Gesellschafters herrührenden Forderungen als Forderungen der Gesellschaft. Denn die Geschäftsforderungen bilden einen wesentlichen Bestandteil des Geschäfts und gehen deshalb, sofern ihr Übergang nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, mit dem Geschäft auf die neue Gesellschaft über.

6. (§ 130 HGB.) OLG. **19** 311, R. **10** Nr. 177 (Stuttgart). Wechseln die Gesellschafter, so haftet die neue Gesellschaft trotz Weiterführung der Firma für die alten Schulden nicht, wenn die Übernahme der Schulden ausgeschlossen und dies bekannt gemacht ist.

§ 29. Vgl. zu §§ 13, 30. 1. (§ 823 Abs. 2 BGB.) **RG. 72** 408, LeipzZ. **10** 400, JW. **10** 232 Nr. 9, R. **10** Nr. (1149,) 1150. Bloße im allgemeinen Interesse erlassene Ordnungsvorschriften sind nicht zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. zu rechnen. Um eine solche Ordnungsvorschrift handelt es sich bei der Verpflichtung zur Firmeneintragung. Diese Verpflichtung ist teils im eigenen Interesse des Kaufmanns gegeben (§ 30 HGB., §§ 104, 113 GVG.), teils im „Interesse an der Kenntnis der Firmen". Die Bestimmungen des HGB., welche den Kaufmann verpflichten, seine Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und dem Registergerichte die Befugnis geben, ihn durch Ordnungsstrafen zur Erfüllung dieser Verpflichtung anzuhalten, sind daher nicht Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Höchstens könnte damit ein Schutz derjenigen bezweckt sein, welche im geschäftlichen Verkehr auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Handelsregisters vertrauen. Eine Erweiterung des geschützten Personenkreises auf die im Betriebe

des Handelsgewerbes beschäftigten Personen, deren Unfallversicherung von der Firmeneintragung abhängt. — § 1 Ziff. 7 GewUVG. — ist jedenfalls unzulässig.

2. (§ 3 Nr. 1 GmbHG., § 182 Abs. 2 HGB., § 12 Abs. 1 GmbHG.) R. **10** Nr. 1828 (KG.). Die Gesellschaft, welche am statutarisch bestimmten Sitze einen Geschäftsbetrieb überhaupt nicht, sondern am dritten Orte ausübt, ist gehalten, diesen Betrieb als Zweigniederlassung anzumelden, selbst wenn jener im Bezirke des Registergerichts des „Sitzes" liegt.

§ 30. Rechtsprechung. 1. (§ 8 UnlWG.) **RG.** R. **10** Nr. 211. Dadurch, daß eine Geschäftsbezeichnung den nach § 30 HGB. an die Firmenverschiedenheit zu stellenden Anforderungen genügt, wird die Anwendung des § 8 UnlWG. nicht schlechthin ausgeschlossen. Eine Geschäftsbezeichnung kann sicherlich mit hinreichender Deutlichkeit von einer anderen unterschieden und trotzdem zufolge der besonderen Art der Benutzung verwechselungsfähig sein.

2. KGJ. **38** A 311 (Hamburg), vgl. LeipzZ. **10** 253 (LG. Hamburg). Die im § 30 HGB. vorgeschriebene deutliche Unterscheidung zweier Firmen liegt nur vor, wenn sie erheblich genug ist, um im gewöhnlichen Verkehre Verwechselungen vorzubeugen.

3. OLG. **21** 377 (Hamburg). Die Firma „Gertz u. Co. Kommanditges." unterscheidet sich nicht genügend von der älteren „Gerz u. Co.". Es kann nicht damit gerechnet werden, daß der Zusatz „Kommanditges." im täglichen Verkehre hinreichend beachtet wird, da das Markante nicht in diesem Zusatze, sondern in dem Namen „Gertz" liegt.

4. OLG. **21** 377 (Hamburg). Eine neue Firma „Max M. Bock, Ingenieur" unterscheidet sich hinreichend von der älteren Firma „Max Bock". Das zwischen Max und Bock eingeschobene M. ist ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal. Aber es ist nicht der Anfangsbuchstabe eines zweiten Vornamens des Inhabers, sondern des Vornamens seiner Ehefrau. Eine solche Firma aber ist geeignet, eine Täuschung über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen (§ 18 Abs. 2), folglich ist die Eintragung unzulässig.

5. BadRpr. **10** 103 (Karlsruhe). Die Firma „Süddeutsche Wäscheindustrie G. u. B." unterscheidet sich genügend von der früher eingetragenen „Süddeutsche Wäscheindustrie Inhaber A. M." Aber die Führung des Firmenbeisatzes „Süddeutsche Wäscheindustrie" in der Absicht Verwechselungen mit der Firma der Klägerin herbeizuführen, verletzt gröblich den geschäftlichen Anstand und verstößt gegen die gute Sitte (§ 8 UnlWettbG.).

§ 37. I. Josef, Firmenmißbrauch im Konkurse, LeipzZ. **10** 534 ff., bespricht die Rechte des durch den Mißbrauch in seinem Rechte Beeinträchtigten im Verfahren der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit (durch Klage oder Ordnungsstrafverfahren bei dem Registergerichte).

II. Rechtsprechung. S. zu §§ 17, 18. 1. LeipzZ. **10** 90, R. **10** Nr. 1652 (Hamburg). Darin, daß jemand, um seine Auffindung zu erleichtern, eine Firma in das Fernsprechteilnehmerverzeichnis aufnehmen läßt, ist ein Gebrauch der Firma nicht zu finden.

2. DJZ. **10** 543, R. **10** Nr. 1822 (BayObLG.). Der Kaufmann gebraucht eine Firma auch dann, wenn er sie zur Unterzeichnung von Inseraten, Geschäftsanzeigen u. dgl. verwendet.

3. BayObLG. **11** 164, ZBlFG. **10** 691, R. **10** Nr. 1439. Auch die bloße Belassung der von einem Geschäftsvorgänger angebrachten Firmentafel ist unbefugte Firmenführung, selbst wenn der Geschäftsnachfolger nur ein Kommissionslager hat. Guter Glaube schützt nicht vor Bestrafung (JW. **03** 342).

4. (§ 8 UnlWG.) **RG.** JW. **10** 122 Nr. 32, HansGZ. **10** Beibl. 173, 381, R. **10** Nr. 382. Der Umstand, daß eine an sich gesetzlich zulässige Firma zu Täuschungs-

zwecken gewählt ist, rechtfertigt für sich allein keinen Anspruch aus § 37 HGB. Wohl aber kann ein Anspruch aus § 8 UnlWG. gegeben sein. Denn dieser § 8 gewährt einen gegenüber § 37 erweiterten Firmenschutz, er ist anwendbar, auch wenn der Gebrauch einer Firma, durch den Gegner nach den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen und besonders den Bestimmungen des HGB. an sich berechtigt ist. Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in den eingerichteten Geschäftsbetrieb eines anderen widerrechtlich eingreift, ist auf die Klage des letzteren zur Löschung der Firma zu verurteilen. Ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Gewerbes ist ein Rechtsgut, dessen Verletzung negatorische Abwehr begründen kann (**RG. 58** 29, JW. **05** 431 Nr. 29, **07** 505 Nr. 1, R. **08** Nr. 932), z. B. weil die Firma zu eimen dem Gesetze zuwiderlaufenden unlauteren Wettbewerbe verwendet wird.

5. (§ 140 FGG.) OLG. **21** 368, SeuffBl. **10** 429 ff., ZBlFG. **10** 691 (Bay. ObLG.). Als Gebrauch einer Firma ist jede Handlung zu erachten, welche den Willen kundgibt, bei dem Betriebe des Handelsgeschäfts sich der Firma im Sinne des § 17 HGB. zu bedienen. Hierunter fallen auch Aufschriften an der Ladentür oder auf einer Firmentafel; denn dadurch soll dem Publikum in augenfälliger Weise bekannt gegeben werden, daß das in dem Laden betriebene Geschäft unter der angegebenen Firma betrieben wird. Dabei ist es gleichgültig, ob das Geschäft nur in der Anschaffung und ob die Firma früher von einem hierzu berechtigten Kaufmann angebracht und geführt wurde. Zum Einschreiten des Registergerichts genügt der unbefugte Gebrauch der Firma. Der etwaige gute Glaube schützt nicht (**RG. 7** 279, **9** 104, JW. **03** 342).

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. I. 1. Simon, Ist eine Buchführung auf losen Blättern zulässig? BankA. **10** 177, verneint die Frage auf Grund der Auslegung des § 42 Abs. 2 HGB. Das Gesetz gibt eine klare Bestimmung, daß ungebundene Bücher nicht den gesetzlichen Erfordernissen des HGB. entsprechen. Artt. 32 und 33 HGB. aF. enthielten bereits dieselbe Vorschrift. Die Umänderung des Wortes „müssen" des Art. 32 in „sollen" im § 42 Abs. 2 HGB. ist unerheblich. Der Gesetzgeber hat keine einschneidenden Änderungen der bisherigen Gesetzgebung beabsichtigt und will, daß die Buchungen nicht auf losen Blättern erfolgen, weil sie leicht ausgewechselt werden können und die Zuverlässigkeit und Beweiskraft der Buchführung durch solche Auswechselbarkeit beeinträchtigt wird. Auch die sog. Dauerkontenbücher, von denen das Hauptbuch der einfachen und das Kontokorrentbuch der doppelten Buchführung nicht mehr gebunden, sondern die einzelnen Kontenblätter durch einen Mechanismus zusammengefaßt werden, aus denen, nachdem er geöffnet, erledigte Blätter herausgenommen und neue eingefügt werden können, sind mit § 43 HGB. nicht vereinbar. Gegen Veit Simon wendet sich Alsberg, Sind Dauerkontenbücher zulässig? HoldheimsMSchr. **10** 80 ff. Er bejaht die Frage, weil § 43 Abs. 2 eine Sollvorschrift sei.

2. Knappe, Der Wertansatz nach §§ 38, 40 HGB., HoldheimsMSchr. **10** 258 ff.

II. Rechtsprechung. (§ 823 BGB.) **RG. 73** 30, R. **10** Nr. 1440. Die Vorschriften der §§ 38, 39 HGB. sind allerdings im öffentlichen Interesse erlassen (§ 240 KO.). Sie sind aber nicht zum Schutze des Zweckes irgendeines einzelnen bestimmt und daher keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

§ 39. OLG. **21** 378 (KG.). Die Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft haben eine Eröffnungsbilanz nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 39—41 aufzustellen. Sie erfordert daher einen das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß, aus dem für sich allein und unmittelbar der Stand des Vermögens sich erkennen läßt (**RG.** [Straff.] **15** 174); sie ist eine summarische Zusammen-

stellung des Aktiv- und Passivbestandes (S t a u b I 3 zu § 39). Inwieweit zur Erweiterung der Übersicht über das Verhältnis des Vermögens und der Schulden die einzelnen Aktiv- und Passivposten in ihr anzugeben sind, entscheidet im einzelnen Falle die kaufmännische Übung.

§ 40. (§§ 65, 91 HGB.) 1. **RG.** BankA. **9** 172, LeipzZ. **10** 212, 213, R. **10** Nr. 2, 383, 384. a) Der am Reingewinne beteiligte Handlungsgehilfe hat Anspruch auf Mitteilung einer Abschrift der summarischen Zusammen- und Gegenüberstellung des Aktiv- und Passivbestandes, aus deren Vergleichung sich die Gewinnziffer ergibt. b) Bei der Ansetzung der Werte zwecks Berechnung der Gewinnbeteiligung unterliegt die Beurteilung dem billigen Ermessen des Prinzipals. Nur festgestellte offenbare Unbilligkeit, Willkür oder Böswilligkeit können zu einer Änderung durch den Richter führen. c) Ist der Handlungsgehilfe nur am Reingewinn einer Zweigniederlassung beteiligt, so hängt es von der Auslegung des Anstellungsvertrags ab, ob und inwieweit Abschreibungen in die Sonderbilanz der Zweigniederlassung aufzunehmen sind.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 393. Das OLG. nimmt als erwiesen an, daß die Warenbestände zu hoch bewertet waren, weil im wesentlichen die Verkaufspreise für die Flaschen Pomril eingesetzt wurden, ohne Rücksicht auf die Kosten, die für Entnahme der Flaschen aus dem Lager, ihre Etikettierung, ihre Verladung und ihren Transport zu den Kunden aufzuwenden waren. Diese Kosten sind nicht vom Verkaufspreis abgezogen, wie es hätte geschehen müssen, wenn nach § 40 Abs. 2 HGB., § 42 Abs. 1 GmbHG. der Wert für den maßgebenden Zeitpunkt der Bilanzziehung ermittelt werden sollte. Diese Auffassung, daß nicht der Verkaufspreis ohne Berücksichtigung der zum Zwecke des Verkaufs zu machenden Aufwendungen hätte eingesetzt werden dürfen, ist zutreffend.

§ 45. 1. S e n k p i e h l , Die Vorlegung von Handelsbüchern vor Gericht, GesuR. **10** 207 ff., erörtert § 45 HGB. und § 810 BGB. und vertritt die Ansicht, daß § 45 HGB. für alle Rechtsstreitigkeiten, nicht bloß für Handelssachen gilt.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 300. Für die Wirksamkeit der Erklärung zweier Gesamtprokuristen ist es unerheblich, daß einer von ihnen die Erklärung nicht gelesen, sondern im Vertrauen auf die Ehrlichkeit des anderen gezeichnet hat.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 54. I. H e r z , §§ 54 HGB., 164 BGB. als Schutz der Lieferanten von Waren gegen scheinbare Geschäftsinhaber. Die neue Rechtsprechung des RG. läßt den wirklichen Geschäftsinhaber aus § 164 BGB. haften, indem man annimmt, daß der Besteller als Vertreter des Geschäftsinhabers die Bestellung aufgegeben hat. Auch § 54 HGB. kann herangezogen werden, wenn der scheinbare Inhaber des Geschäfts durch die Bestellung sich als Bevollmächtigter geriert hat (S t a u b , HGB. Anm. 7 zu § 54).

II. R e c h t s p r e c h u n g. OLG. **21** 379, R. **10** Nr. 2896 (Rostock). Der Handlungsbevollmächtigte ist, auch wenn er von dem Geschäftsinhaber zu seinem Vertreter in dem Betriebe seines Handelsgewerbes bestellt oder allgemein zum Abschlusse von Handelsgeschäften ermächtigt ist, ohne besondere Vollmacht nicht befugt, den Inhaber durch obligatorische Verträge zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten zu verpflichten. Es folgt dies aus der im § 54 Abs. 2 HGB. bestimmten Einschränkung der Vertretungsmacht des Handlungsbevollmächtigten, da es im Ergebnisse für den Prinzipal dasselbe bedeutet wie die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten durch den Handlungsbevollmächtigten, wenn er solche Verbindlichkeiten selbst einzugehen gezwungen wird. Die Tatsache, daß der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes, wie es in Frage steht, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten gewöhnlich mit sich bringt, würde eine Sondervollmacht nur dann ersetzen,

wenn diese Gewohnheit geradezu die notwendige Grundlage des Gewerbebetriebs wäre (OLG. **15** 161). Andererseits kann daraus, daß der Geschäftsinhaber wiederholt Wechsel, die der Handlungsbevollmächtigte ausgestellt, eingelöst oder Wechsel, die dieser versprochen, selbst ausgestellt hat, nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß er ihm eine besondere Vollmacht in diesen Richtungen stillschweigend erteilt hat.

§ 56. *Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329 ff. (381) Die gesetzliche Vollmacht des Angestellten ist ausgeschlossen, wenn Umstände vorliegen, die einen gegenteiligen Willen des Geschäftsinhabers dem Publikum erkennbar machen, z. B. ein öffentlicher Anschlag (so auch ROHG. **12** 39). (383) Anfechtung wegen Irrtums oder Unkenntnis der Bestimmung ist nicht zulässig. (386) Dieser Satz ist analog dahin zu erweitern, daß jede Generalvollmacht, sie sei konkludent, in Worten oder schriftlich erteilt, der Anfechtung entzogen ist.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Lehrlinge.

§ 59. Rechtsprechung. (S. auch zu § 84.) 1. **RG.** (VerZS.) **72** 393, SeuffA. **65** 331, JW. **10** 585 Nr. 13, DJZ. **10** 593, R. **10** Nr. 2072. Der Erfüllungsanspruch des Prinzipals gegen den Angestellten beschränkt sich auf das Verlangen, daß dieser seine Vertragspflichten positiv, durch Leistung der versprochenen Dienste erfülle; er umfaßt nicht auch negativ die Forderung auf Unterlassung von Dienstleistungen für einen Dritten. Das RG. hat allerdings in **RG. 67** 3, JW. **07** 672 Nr. 6, R. **07** Nr. 3362 das Gegenteil ausgesprochen, die VerZS. haben jedoch durch Beschluß v. 24. Januar 1910 (R. **10** Nr. 998) ausgesprochen, daß dem Prinzipal ein klagbarer Anspruch gegen den Handlungsgehilfen, welcher den Dienst vor Ablauf der Dienstzeit verläßt, während der Zeit, in der er sich vom Dienste fernhält, einem anderen Prinzipale keine Dienste zu leisten, kraft Gesetzes nicht zusteht. Die Verpflichtung des Handlungsgehilfen ist auf ein positives Tun gerichtet. Dieses bildet den Inhalt seiner Leistung. Die Erfüllungsklage des Prinzipals erschöpft sich in dem Anspruch auf die Leistung; er hat daneben nicht noch einen besonderen Anspruch auf Unterlassung des mit der Leistung Unvereinbaren. S. a. **BGB.** § 611 zu III Ziff. 1.

2. OLG. **21** 380, HansGZ. **10** Hptbl. 307 ff., R. **10** Nr. 3265 (Hamburg). Für den Begriff des Handlungsgehilfen kommt es nicht darauf an, welche Dienste der Angestellte in dem Geschäfte des Prinzipals tatsächlich leistet, sondern zu welchen Diensten er angestellt ist. Sind diese kaufmännischer Art, so ist er Handlungsgehilfe, mag er auch nur gewerblich beschäftigt sein, es sei denn, daß das Vertragsverhältnis ausdrücklich oder stillschweigend entsprechend geändert ist. — Die Leitung des Verlags einer Zeitschrift ist eine kaufmännische Tätigkeit. Der Verleger ist nach § 1 Ziff. 8 HGB. Kaufmann. Sein Angestellter, dem die Leitung des Vertrags anvertraut ist, ist zur Leistung kaufmännischer Dienste berufen und nach § 59 Handlungsgehilfe.

3. RheinA. **106** I 23 (Düsseldorf). Ein Petroleumkutscher ist nicht Handlungs-, sondern Gewerbegehilfe, dagegen kein Betriebsleiter im Sinne der §§ 133 **a**, 133 **f** GewO.

4. (§ 133 a GewO., § 273 BGB.) LeipzZ. **10** 166, R. **10** Nr. 1653 (KG.). Gegenüber dem in ungünstigen Vermögensverhältnissen befindlichen Dienstherrn hat der entlassene Handels- und Gewerbegehilfe ein Zurückbehaltungsrecht an den in seinem Besitze befindlichen Geschäftsgegenständen.

5. (§ 138 BGB.) **RG.** JW. **10 5**, BankA. **10** 172, LeipzZ. **10** 298 ff., R. **10** Nr. 15. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn ein Handlungsgehilfe, der Filialleiter ist, nach seinem Dienstvertrag als Gehalt ein halb Anteil des Jahresresultats der Filiale dergestalt zu beanspruchen hat, daß er in gleicher Weise wie am Gewinn auch am Verluste des Geschäfts teilzunehmen hat. Es ist unzulässig, einem Handlungsgehilfen, der kein Vermögen besitzt, ohne ihm ein bestimmtes Gehalt zu bewilligen, an dem

Verluste des Geschäfts derart zu beteiligen, daß er für seine geleisteten Dienste nichts erhält, sobald die Geschäftsergebnisse ungünstig werden. S. a. BGB. § 138 zu II B Ziff. 3a.

6. (§ 105 GewO.) **RG.** R. **10** Nr. 2897. Wenn ein Angestellter zugleich eine kaufmännische und gewerbliche Tätigkeit entfaltet, so entscheidet für seine Eigenschaft als Handlungs- oder Gewerbegehilfe die überwiegende Tätigkeit in der einen oder anderen Richtung. Die kaufmännische Tätigkeit entscheidet nicht deshalb, weil sie den vornehmeren Teil der Tätigkeit darstellt.

§ 60. 1. (§ 124 GewO., § 888 ZPO.) **RG.** (VerZS.) **72** 393, LeipzZ. **10** 289, SeuffA. **65** 331, JW. **10** 585, R. **10** Nr. 998. Dem Prinzipale steht gegen den Handlungsgehilfen, welcher den übernommenen Dienst nicht antritt oder vor Ablauf der Dienstzeit verläßt, kraft Gesetzes ein klagbarer Rechtsanspruch dahin, daß er in der Zeit, während er sich vom Dienste fernhält, nicht irgendeinem anderen Prinzipale Dienste leiste, nicht zu.

2. **RG.** R. **10** Nr. 4014. Für die Anwendbarkeit des § 60 ist es genügend, daß der Abschluß der Geschäfte in dem Handelszweige des Prinzipals durch den Handlungsgehilfen in die Dienstzeit des Handlungsgehilfen fällt. Daß die Erfüllung der Geschäfte nach Ablauf dieser Dienstzeit erfolgt ist und erfolgen sollte, ist unerheblich.

§ 61. Rechtsprechung. 1. **RG.** **73** 423 ff., JW. **10** 715 Nr. 24, DJZ. **10** 1026, R. **10** Nr. 2713. Das Eintrittsrecht des Prinzipals ist nur gegeben wegen der vom Handlungsgehilfen gemachten Geschäfte. Keinesfalls kann die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft als ein von dem Handlungsgehilfen gemachtes Geschäft im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden. Der Ausnahmecharakter der Bestimmung und die gegen die wirtschaftlich Schwächeren darin enthaltene Härte zwingt auch im übrigen zu einer vorsichtigen und einschränkenden Anwendung. Hiernach ist jeder Anspruch des Prinzipals auf Herausgabe des Gewinns, welcher dem Handlungsgehilfen aus seiner Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft erwächst, zu versagen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Geschäftszweig der Handelsgesellschaft derselbe ist, wie der des Prinzipals oder ein anderer. Der Prinzipal ist hier, abgesehen von dem Unterlassungsanspruche, nur auf den Schadensanspruch gegen den vertragsbrüchigen Handlungsgehilfen angewiesen.

2. **RG.** **73** 423, R. **10** Nr. 4179. Unter dem für eigene Rechnung gemachten Geschäfte des Handlungsgehilfen, in welches der Prinzipal nach § 61 HGB. eintreten kann, ist nicht ein jedes selbständige Rechtsgeschäft, sondern ein in sich zusammenhängendes wirtschaftliches Geschäft, das aus einer Reihe von selbständigen Rechtsgeschäften bestehen kann, ein gemachtes Geschäft im Sinne der kaufmännischen Ausdrucksweise zu verstehen (PrALR. II. 8 § 525, worauf §§ 60, 61 HGB. zurückzuführen sind; **RG.** **45** 31 ff., 33). Dem Prinzipale steht ein Eintrittsrecht hinsichtlich der Geschäfte, welche nicht sein Handlungsgehilfe für seine Person, sondern eine offene Handelsgesellschaft abgeschlossen hat, bei der sein Handlungsgehilfe als Gesellschafter beteiligt ist, überhaupt nicht zu. Er ist auf den Schadensersatzanspruch gegen seinen Handlungsgehilfen beschränkt. Das Eintrittsrecht des Prinzipals wäre nur als Anspruch auf die Herausgabe des Anteils des Handlungsgehilfen am Gewinne denkbar. Dem Gesellschafter steht aber ein Anspruch auf den Gewinn an dem einzelnen Geschäfte gar nicht zu, sondern nur ein Anspruch auf den beim Schlusse des Geschäftsjahrs oder bei der Auflösung des Geschäfts sich ergebenden Gewinn. Also kann auch dem Prinzipal ein solcher Anspruch auf den Gewinnanteil nicht zuerkannt werden.

3. RheinA. **107** I 285 (Cöln). Das Eintrittsrecht des § 61 bezieht sich nur auf Geschäfte, welche in den Handelszweig des Geschäftsinhabers einschlagen, also auf sog. Konkurrenzgeschäfte, und kann, da es nur zwischen Geschäftsinhaber und Handlungsgehilfen Rechte und Pflichten schafft, nur solche Geschäfte betreffen, die der Handlungsgehilfe für sich abschließt (Lehmann-Ring, HGB. § 61 Nr. 4, § 113 Nr. 2; Goldmann, HGB. § 113 Anm. 8; Staub, HGB. aF. Artt. 56

§ 5, nF. § 113 Anm. 4). Bei Geschäften, die eine Handelsgesellschaft, der ein Handlungsgehilfe als Gesellschafter beigetreten ist, abgeschlossen hat, kann daher ein Eintrittsrecht des Geschäftsinhabers höchstens insoweit in Frage kommen, als dieser berechtigt erscheinen kann, von dem Handlungsgehilfen den sich für diesen aus der Gesellschaft ergebenden Gewinnanteil herauszuverlangen.

§ 62. **RG.** R. **10** Nr. 3084. Der Inhaber eines Handelsgeschäfts haftet für einen durch eine ordnungswidrige Beförderungsart von Säcken (Herabwerfen aus dem zweiten Stockwerke) seinem Handlungsgehilfen zugefügten Schaden nach § 62. Daß der Gehilfe keine Einwendungen gegen diese Art und Weise der Säckebeförderung erhoben hat, ist nach § 62 Abs. 4 nicht zu beachten (**RG.** JW. **03** Beil. 57, R. **03** 527 steht damit nicht im Widerspruche. Die Entscheidung behandelt den abweichenden Fall der Haftung für außervertragliches Verschulden).

§ 66. 1. WürttJ. **22** 23, R. **10** Nr. 999 (Stuttgart). Ein Handlungsgehilfe hatte dem Prinzipal am 15. Februar 1908 erklärt, er könne unter den alten Bedingungen nicht weiter bei ihm bleiben, der Beklagte müsse ihm mehr Gehalt geben, sonst müsse er sich zum 1. April 1908 nach einem anderen Posten umsehen. Dies ist eine bedingte Kündigung, die an sich wirkungslos, aber wirksam ist, wenn die Erfüllung der Bedingung im Belieben des Kündigungsempfängers steht.

2. OLG. **21** 383, LeipzZ. **10** 700 (Braunschweig). Der Kläger hatte mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten eine sechsmonatige Kündigung verabredet. Die Beklagte kündigte wegen Krankheit des Klägers vom 15. Februar auf den 1. April. Diese Kündigung ist — entgegen der von S t a u b zu § 70 Abs. 1 vertretenen Ansicht — gültig, denn sofern kein Verzicht auf sofortige Kündigung vorliegt, ist jede vertragsmäßig befristete Kündigung gültig, sobald beim Ablaufe der Kündigungsfrist ein Grund zur sofortigen Entlassung vorliegt.

§ 70. **RG.** SeuffA. **65** 367, JW. **10** 117 Nr. 25, LeipzZ. **10** 213, R. **10** Nr. 3649. Von der aus wichtigem Grunde zulässigen Kündigung braucht nicht sofort Gebrauch gemacht zu werden, Verbleiben oder Behalten im Dienste kann trotz des Eintritts eines Kündigungsgrundes im Sinne der §§ 75, 71 HGB. eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit bedeuten (**RG. 56** 373).

§ 74. A l s b e r g, LeipzZ. **10** 206 ff. Die Anwendung der Vorschrift des § 74 ist da ausgeschlossen, wo das Dienstverhältnis von dem Prinzipal aufgelöst und zugleich der Handlungsgehilfe selbständig wird oder die Vertragsstrafe später als der Dienstvertrag aufgelöst wurde, versprochen worden ist (gegen D ü r i n g e r, LeipzZ. **09** 210 ff.).

§ 75. **RG.** LeipzZ. **10** 779. Ein der tatsächlichen Unterlage völlig entbehrendes Gerücht über die Absicht eines Handlungsgehilfen auf Gründung eines Konkurrenzgeschäfts stellt, auch wenn das Gerücht durch an sich zuverlässige Personen zu Ohren des Prinzipals gelangt ist, keinen erheblichen Anlaß zur Kündigung dar. Die Mitteilung muß vielmehr in Handlungen und Äußerungen des Handlungsgehilfen eine objektive Unterlage haben. In diesem Falle ist ein erheblicher Anlaß zur Kündigung gegeben, selbst wenn der Handlungsgehilfe jene Absicht in Wahrheit nicht gehabt hat.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. I. H e u e r, LeipzZ. **10** 275 f. Der Agent ist nicht verpflichtet, nach Beendigung des Agenturverhältnisses dem Geschäftsherrn die seine Agenturtätigkeit betreffenden Schriftstücke, insbesondere die Urschriften von Bestellschreiben der Kunden herauszugeben. Ein solcher Anspruch kann weder auf Eigentum, noch auf den Agenturvertrag gestützt werden (§§ 675, 667 BGB.). Die an den Agenten persönlich gerichteten Geschäftsbriefe gehören ihm. Er ist der Regel nach Vollkaufmann und nach §§ 38, 40 HGB. verpflichtet, sie als sein Handelsgeschäft betreffende Handelsbriefe zu behalten und zehn Jahre lang aufzubewahren.

II. Rechtsprechung. S. auch zu § 59. 1. SchlHolstAnz. **10** 24 (Kiel). Auf einen vor dem Inkrafttreten des HGB. v. 15. Mai 1897 abgeschlossenen Agenturvertrag sind von da ab die Bestimmungen des neuen Rechtes anzuwenden. Dies folgt daraus, daß der Agenturvertrag ein Dienstvertrag im Sinne des BGB. ist (Staub § 84 Anm. 4, **RG.** R. **07** 931) und nach EGBGB. Art. 171 ein zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehendes Dienstverhältnis, wenn es nicht nach den bisherigen Gesetzen zum ersten zulässigen Termine gekündigt wird, von da an sich nach den Vorschriften des BGB. bestimmt. Diese Vorschrift gilt nach EGBGB. Art. 2 auch für handelsrechtliche Dienstverhältnisse jedenfalls dann, wenn beiden Parteien das gleiche Kündigungsrecht zusteht.

2. SächsOLG. **31** 189, R. **10** Nr. 4013 (Dresden). Wem die Vertretung der Fabrikate und Handelsartikel für einen bestimmten Bezirk gegen Provision und Reisespesen und gegen die Verpflichtung, die Filiale auf seine Rechnung zu unterhalten, übertragen ist, ist Handlungsagent, nicht Handlungsgehilfe.

3. OLG. **20** 9 (Hamm). Die sog. Außenbeamten einer Versicherungsgesellschaft (Agenten und Akquisiteure) sind, auch wenn sie Provision beziehen und außerhalb des Sitzes der Gesellschaft tätig sind, nicht nur für das Handelsgewerbe der Gesellschaft, sondern in ihm tätig und zur Leistung kaufmännischer Dienste, nämlich zur Heranziehung neuer Versicherungslustiger, angestellt. Sie sind also nicht Handlungsagenten im Sinne des § 84 und selbständige Gewerbetreibende, sondern Handlungsgehilfen und daher auch krankenversicherungspflichtig.

4. R. **10** Nr. 2073 (Hamburg). Das einem Nähmaschinenagenten im Anstellungsvertrag auferlegte Verbot, binnen einem Jahre nach Auflösung des Vertrags kein Nähmaschinengeschäft zu betreiben, verletzt die zulässigen Grenzen der Konkurrenzklausel.

5. R. **10** Nr. 573, 574 (Stuttgart). Die Vorschrift des § 84 HGB. schließt für den Agenten das Verbot in sich, dem Geschäftsherrn eine ihm unmittelbar schädliche Konkurrenz zu bereiten. — Stellt sich nach einer auf gegenseitiger Vereinbarung beruhenden vorzeitigen Lösung des auf bestimmte Zeit geschlossenen Agenturvertrags heraus, daß der Agent den Geschäftsherrn durch unreelle Handlungsweise geschädigt hat, so umfaßt der Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn auch den Aufwand für eine Reise, die zu dem Zwecke unternommen wurde, um am Sitze der Agentur die Kunden aufzusuchen und aufzuklären und um einen neuen Vertreter aufzusuchen, anzustellen und einzuführen.

6. SächsOLG. **31** 64 (Dresden). Die Übernahme der Vertretung einer Wettbewerbsfirma durch den Handlungsagenten berechtigt den Geschäftsherrn zur fristlosen Kündigung, wenn nach den am Geschäftssitze des Geschäftsherrn geltenden Handelsgebräuchen diese Übernahme als eine den Geschäftsherrn schädigende Konkurrenz gilt.

7. **RG.** JW. **10** 243 Nr. 32, R. **10** Nr. 1441. Ein Vertrag, der sich im übrigen als Agenturvertrag darstellt, verliert diesen rechtlichen Charakter nicht dadurch, daß der Agent zugleich eine, keine erheblichen Opfer an Zeit und Mühewaltung erfordernde Überwachung eines Fabrikationszweigs übernimmt, in dem anzunehmen ist, daß es sich hierbei nur um eine Nebenleistung handelt.

8. (§ 196 Nr. 8 BGB.) R. **10** Nr. 1711 (Hamburg), vgl. OLG. **21** 384 (München) (über die Stellung des Bezirksagenten). Der Vertrag zwischen Agenten und Geschäftsherrn ist ein Dienstvertrag. Daraus folgt allerdings noch nicht, daß der Agent im Sinne des § 196 Nr. 8 im Privatdienste des Geschäftsherrn steht. Vielmehr wird zur Bejahung dieser Frage eine mehr oder weniger große Abhängigkeit des Agenten von seinem Prinzipal erfordert. Daß aber eine solche Abhängigkeit auch bei Agenten im Verkehre vorkommt, so daß man sagen kann, der Agent steht im Privatdienste des Prinzipals, ist zweifellos.

§ 85. SächsRpflA. **10** 307, R. **10** Nr. 3650 (Dresden). Den vom Agenten vereinbarten Nachlaß am Kaufpreise muß der Geschäftsherr, trotz Unkenntnis, gegen sich gelten lassen, wenn er das Geschäft ohne weitere Erkundigung durch Unterlassung der Ablehnung genehmigt.

§ 86. RG. LeipzZ. **10** 289, 290, JW. **10** 181 Nr. 2, R. **10** Nr. 772. Die Befugnisse des Auslandsagenten bemessen sich nach ausländischem Rechte, nämlich dem Rechte des Ortes, wo er seine Geschäftstätigkeit entfaltet, also die Agentur ihren Sitz hat, nicht nach dem Rechte am Sitze des Geschäftsherrn, sofern nicht ein entgegenstehender Parteiwille erhellt oder sich aus den besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt. Dies ist ständige Rechtsprechung des RG. (**RG. 38** 196, **51** 149).

§ 88. 1. RheinA. **107** I 282 (Cöln). Dem Agenten, der mit einem Kunden einen langfristigen Warenabnahmevertrag geschlossen hat, steht keine Provision für diejenigen Warenlieferungen zu, welche erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses abgerufen werden (sog. Nachorders).

2. R. **10** Nr. 575 (Stuttgart). Wenn der Agent eine Bestellung, die er für den Geschäftsherrn annehmen könnte, einer Konkurrenzfirma zuwendet und später durch persönliches Eingreifen des Geschäftsherrn infolge Verzichts der anderen Firma das Geschäft mit diesem doch zustande kommt, so kann der Agent eine Provision aus diesem Geschäfte nicht verlangen; denn das würde dem Sinne des Vertrags und der redlichen Auffassung im Handelsverkehre widersprechen.

3. **RG.** R. **10** Nr. 4016. Die Bestimmung soll verhüten, daß ein Agent, der für den Abschluß eines Geschäfts seine Schuldigkeit getan hat, nur infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn um den Lohn seiner Tätigkeit gebracht wird. Der Agent soll allerdings nur gegen ein schuldhaftes oder doch willkürliches Verhalten des Geschäftsherrn in bezug auf die Behandlung der vermittelten Geschäfte geschützt werden. Die Annahme zu großer Bestellungen durch einen Fabrikanten, die er dann nur zum Teil ausführen kann, ist auf sein eigenes Verhalten zurückzuführen und insoweit von ihm selbst verschuldet, wenn nicht besondere Umstände diese Annahme ausschließen.

§ 91. 1. Coenen, Kann der Agent mit der Klage auf Mitteilung eines Buchauszugs die Klage auf Zahlung des nach diesem sich für ihn ergebenden Betrags verbinden? LeipzZ. **10** 276. Der Agent hat kein Recht, von seinem Geschäftsherrn zu verlangen, daß dieser einen Buchauszug beschwört, da ihm der Schutz der §§ 259, 260 BGB. versagt ist. Daher kann auch eine Klage des Agenten auf Mitteilung des Buchauszugs und auf Auskehrung des sich hieraus für ihn ergebenden Betrags nicht stattfinden. § 254 ZPO. ist nicht anzuwenden. Im Falle der Verbindung der beiden Klaganträge ist der Antrag auf Zahlung des bei Anstellung der Klage unbestimmten Betrags von vornherein als unzulässig abzuweisen.

2. SeuffA. **65** 32, SchlHolstAnz. **09** 262 (Kiel). Der Handlungsagent hat keinen Anspruch gegen den Geschäftsherrn auf Vorlegung der Geschäftsbücher zur Ermittelung seiner Provisionsforderungen.

§ 92. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 289. Die Frage, ob nach Lage der Sache ein wichtiger Grund zur Kündigung im Sinne des § 92 HGB. vorliegt, ist keine Rechts-, sondern eine Tatfrage und der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 173. Hat ein Handlungsagent sich verpflichtet, in seinem Bezirke nur Ware des Geschäftsherrn zu vertreiben, und ist für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung dem Geschäftsherrn das Recht zur fristlosen Kündigung des Agenturvertrags eingeräumt, wird dann in der Folge durch das Verhalten des Agenten der Verdacht erweckt, daß er die ihm eingeräumte Vertrauensstellung eigennützig mißbraucht, so ist es kein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn der Geschäftsherr durch eine von ihm fingierte Bestellung den Agenten auf die Probe stellt und, wenn der Agent dabei seine Vertragspflicht verletzt, von dem Kündigungs-

rechte Gebrauch macht. Denn sie brauchte unter solchen Umständen das einzige sichere Mittel zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen nicht zu unterlassen, da die Überführung des Klägers nur möglich war, wenn er vor einen bestimmten Fall gestellt wurde, in welchem es ihr möglich war, sein Verhalten genau zu beobachten.

3. (§§ 71, 72 HGB.) **RG.** RheinA. **106** II 253. Wichtiger Kündigungsgrund eines auf feste Zeit geschlossenen Agenturvertrags ist es, wenn der Geschäftsherr sein Geschäft aufgibt, weil er es in lohnender Weise nicht fortführen kann. Durch solche vorzeitige Kündigung wird er dem Agenten nicht schadensersatzpflichtig. Hat er das Geschäft nach bestem Können geführt, so braucht er des Agenten wegen nicht eine vollkommenere Betriebsart einzuführen.

4. **RG.** OLG. **19** 307, R. **10** Nr. 172. Der Agent hat keinen Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Geschäftsherr wegen dauernder Verluste das Geschäft aufgibt.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 94. **RG.** R. **10** Nr. 2714. Für das Zustandekommen des vermittelten Geschäfts ist die Ausstellung und die Annahme der Schlußnoten nicht erforderlich. Das vermittelte Geschäft kommt nicht etwa durch die Annahme der Schlußnoten erst zustande, der § 94 verpflichtet vielmehr den Handelsmäkler, „nach dem Abschlusse des Geschäfts" Schlußnoten auszustellen, um den Beweis des Geschäftsschlusses und der Geschäftsbedingungen zu sichern.

§ 95. Marcus, Der Vertragsabschluß mit einem unbestimmten Gegenkontrahenten nach § 95 HGB., DJZ. **10** 136. Der Auftraggeber wird gegenüber dem Mäkler in betreff des Geschäftsabschlusses in dem Augenblicke der Entgegennahme der Schlußnote mit vorbehaltener Bezeichnung des Gegenkontrahenten dahin gebunden, daß er das Geschäft einem einwandsfreien Gegenkontrahenten gegenüber als geschlossen gelten lassen muß. Die Annahme der Schlußnote ist keine Geschäftsofferte an die dritte künftig aufzugebende Gegenpartei; denn der Abschluß des Geschäfts ist im Gesetze nicht vom Zugehen der Note an den Dritten abhängig gemacht, wie aus § 94 Abs. 1 HGB. hervorgeht, der für den Fall des § 95 nicht ausgeschaltet ist.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

Vorbemerkung: Von größerem Interesse sind die durch das bei § 125 mitgeteilte Urteil des RG. über die Zeugnisunfähigkeit auch der nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter und durch die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate **RG. 74** 63 zu § 159 hervorgerufenen Erörterungen. Auch auf den Bericht zu § 139 sei hingewiesen. Über den engen Rahmen des § 142 HGB. hinaus verursacht auch die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch einen der Teilhaber der Praxis viele Zweifel.

Literatur: Geiger und Heine zu § 139 Abs. 4. — Jäger, Verjährung im Falle des Konkurses der oHG., LeipzZ. **10** 26 — Paul, Die Rechte und Pflichten der Teilhaber von Fabriks-, Handels- und Erwerbsgesellschaften aller Art. (10.) Leipzig 1910. — Reichel (s. zu § 111), Einbringung einer dem Gesellschafter nicht gehörenden Sache in eine oHG., JW. **10** 742. — Schoch, Die Scheinhandelsgesellschaft. (Diss.) Göttingen 1910.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

Allgemeines zum Gesellschaftsrechte. Umwandelung von Gesellschaften. a) Gibt es einen allgemeinen Rechtsbegriff der „Umwandelung" einer Gesellschaft in eine andere, d. h. einer Umänderung der

rechtlichen Natur einer Gesellschaft bei bestehenbleibender Identität der Rechtsperson? Verneint **RG.** 74 6. b) Vgl. auch KGJ. **39 A** 218. (§ 48 GBO.) Umwandelung von oHG. in KomG.: Identität bleibt gewahrt. — Vgl. auch über Wechsel der Unternehmungsform JDR. **7** 608.

§ 105. Begriff. Marcus, Kann die Erbengemeinschaft Mitglied von offenen Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften sein? Im Gegensatze zum KG. (KGJ. **37 A** 145, RJA. **10** 42; vgl. JDR. 8 § 161 unter 2) wird die Frage im historischen Überblick über die ältere Judikatur (**RG.** **16** 42, KGJ. **26 A** 219) bejaht. Insbesondere ständen die Haftungsvorschriften (§§ 162, 171 ff. HGB.) nicht entgegen (§§ 27, 139 HGB.).

§ 106. Anmeldung. Sitz. OLG. **22** 2 (KG.). Im Gegensatze zur AG., GmbH. und Genossenschaften ist der oH. die Befugnis, einen beliebigen Ort als Sitz zu bestimmen, auch wenn an dem Orte die Verwaltung nicht geführt wird, vom Gesetze nicht eingeräumt. Sitz ist der Ort der Zentralleitung. Er ist maßgebend für den Anspruch eines Gesellschafters auf Leistung des Offenbarungseids über das Gesellschaftsvermögen, nicht der Wohnsitz des belangten Mitinhabers.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 111. Sacheinlage. Reichel, Einbringung einer dem Gesellschafter nicht gehörenden Sache in eine oHG., Herausgabepflicht des Geschäftsnachfolgers, JW. **10** 742. Die Klage des Eigentümers einer Sache (kraft Sicherungsübertragung unter Rückvermietung an den einen sie einbringenden Gesellschafter) auf Herausgabe gegen den anderen Gesellschafter, der das Geschäft der oHG. mit Aktiven und Passiven übernommen hat, ist dinglich unbegründet, schuldrechtlich aber schlüssig. I. dinglich: zwar nicht die oHG. — wegen des schlechten Glaubens des inferierenden Gesellschafters —, wohl aber der gutgläubige Übernehmer des Geschäfts erwirbt nach § 932 BGB. — nicht § 366 HGB. — Eigentum an ihr; dies gilt auch bei Übernahme durch einen anderen Gesellschafter. II. schuldrechtlich: die oHG. hatte das Eigentum nicht erworben, war herausgabepflichtig. Mithin ist §§ 128, 159, 25 HGB. für die Herausgabepflicht des Übernehmers maßgebend.

§ 112. Vertragliches Wettbewerbsverbot. Gültigkeit. **RG.** LeipzZ. **10** 546 Nr. 9. Maßgebend für die Verletzung der guten Sitten durch ein Konkurrenzverbot ist nicht die Anschauung des sich dem Verbot Unterwerfenden bei Vertragsabschluß. Auch wenn er damals selbst den Verstoß nicht als solchen auffaßte, kann § 138 BGB. anwendbar sein, wenn die Sachlage, sowie sie bei Abschluß des Vertrags war oder nach einer für die Zukunft in Rechnung zu nehmenden Gestaltung werden konnte, zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Klägers zu führen geeignet war. S. a. BGB. § 252 Ziff. 1a.

§ 113. Verletzung des Wettbewerbsverbots. Marcus, Steht dem Verpflichteten gegenüber den nach §§ 61 Abs. 1, 113 Abs. 1 HGB. Anspruchsberechtigten das Recht aus § 264 Abs. 2 BGB. zur Seite? R. **10** 413. Die Frage wird bejaht. Schadensersatz oder Eintrittsrecht bilden eine Wahlobligation, keine facultas alternativa (gegen Staub).

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Wirksamkeit im Verhältnisse zu Dritten. 1. Trotz angefochtenen Vertrags. OLG. **21** 386 (KG.) hinsichtlich der Bedeutung der Anfechtung des Gesellschaftsvertrags für Dritte wie **RG.** JDR. 8 zu § 123.

2. Bedeutung persönlicher Beziehungen eines Gesellschafters für die oHG. OLG. **20** 148 (Celle). Das einem Gesellschafter vor Eintritt in die oHG. auferlegte Konkurrenzverbot gilt auch für die oHG. selbst. Die in der Person des einen Gesellschafters vorhandene Verpflichtung zur Unter-

lassung gewisser Handlungen gehört aber zu der Kategorie von persönlichen Beziehungen und Verhältnissen, die nur bei einem Gesellschafter vorhanden zu sein brauchen, um ihre Wirkung auf die Gesellschaft selbst zu äußern. Vgl. **RG. 32** 35 u. **43** 106. Auch § 826.

§ 124. Rechtsnatur. a) Verhältnis von Gesellschaftseigentum zum Gesellschaftereigentume. SeuffBl. **10** 123, R. **10** Nr. 710 (Stuttgart). Identität des Eigentums der oHG. am Grundstücke mit dem der Gesellschafter im Falle des § 1120 BGB. (Ausscheiden von Erzeugnissen usw. aus der hypothekarischen Mithaft infolge Eigentumswechsels). **b)** KGJ. **39 A** 218 ff. Für die Eintragung einer oHG. (KomG.) ins Grundbuch ist der Zusatz des Gesellschaftscharakters durch § 48 GBO. nicht vorgeschrieben.

§ 125. Vertretung. I. Ausschluß von der Vertretung. Prozessuale Stellung der ausgeschlossenen Gesellschafter. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **54** 673, LeipzZ. **10** 150 Nr. 2, JW. **10** 25, R. **10** Nr. 138 und Nr. 174 (JDR. **8** § 373 ZPO. unter 2 b). Auch die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter der oHG. sind nicht zeugnisfähig, trotz des inneren Widerspruchs mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, daß sie auch die Parteieide nicht leisten. Die oHG. ist keine juristische Person (gegen Stein). Unentschieden ist, ob die Frage nach der Zeugnisfähigkeit anders in dem Falle zu entscheiden ist, wenn von verschiedenen Parteien (Gesellschaftern, oHG., Gläubiger) gegen verschiedene Teile des ersten Urteils Berufung eingelegt ist (bei verbundenen Klagen gegen Gesellschafter und die oHG.). **b)** Zu diesem Urteile bemerkt Jäger, LeipzZ. ebenda, daß der vom RG. angedeutete Ausweg, auch die nichtvertretungsberechtigten Gesellschafter für parteieidesfähig zu erklären, nicht gangbar sei, dagegen der Satz, daß nur dritte Personen (vgl. bes. **RG. 17** 366 ff.) zeugnisfähig seien, unhaltbar sei. **c)** Francke, R. **10** 375, stimmt obigem Erkenntnis des RG. (der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter kein Zeuge) gegen Jäger, LeipzZ. **10** 151 zu. Auch der Ausgeschlossene ist Partei. Die Ausschließung bezieht sich nur auf die Geschäfte des Betriebs, vgl. dagegen z. B. §§ 107, 143, 144, 116, 131, 139 („sämtliche" Gesellschafter).

II. Abs. 2. Gesamtvertretung. **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 847, R. **10** Nr. 3651. Ist Gesamtvertretung vereinbart, so sind Rechtsakte (Abänderungen des schriftlichen Vertrags) nur bindend, wenn alle Gesamtvertreter mitwirken. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 277. Ist Gesamtvertretung vereinbart, so können sich die Gesellschafter auf die darin liegende Beschränkung Dritten gegenüber insoweit nicht berufen, als die Beschränkung von ihnen selbst außer acht gelassen wird und unter erkennbarer Duldung der zur Mitwirkung Berufenen ein einzelner Gesellschafter z. B. nach außen auftritt, wie wenn keine Gesamtvertretung vereinbart wäre. **c)** **RG.** LeipzZ. **10** 618 Nr. 5, R. **10** Nr. 2403. Duldung der zur Mitwirkung bei Gesamtvertretung Berufenen, daß ein einzelner Gesellschafter so auftritt, als wenn keine Gesamtvertretung vereinbart wäre: keine Berufung der Gesellschafter hierauf; anders, wenn der einzelne sich nur bei Verhandlungen als unbeschränkt Vertretungsberechtigter geriert. **d)** LeipzZ. **10** 95 Nr. 1 (LG. Hamburg). In der Bestimmung, daß zwei von den drei Gesellschaftern Einzelvertretungsrecht haben sollen, während der dritte nur gemeinschaftlich mit einem der anderen vertretungsberechtigt sein soll, liegt ein materieller Ausschluß des Dritten von der Vertretung, der zwar gesetzlich statthaft ist, aber nicht durch diese Scheinvertretungsbefugnis verdeckt werden darf.

III. Abs. 3. Gesamtvertretung mit Prokuristen. Marcus, Kann die Vertretungsbefugnis des einzigen mit dieser betrauten Gesellschafters an die Mitwirkung eines Prokuristen durch den Gesellschaftsvertrag gebunden werden? DJZ. **10** 528. Im Gegensatze zu Staub (8) Anm. 15 § 125 wird die Frage bejaht.

IV. Nichtvertretungsberechtigte Gesellschafter als Prokuristen. Marcus, HoldheimsMSchr. **10** 115, bejaht gegen Staub die Möglichkeit, den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter zum Prokuristen zu bestellen.

§ 129. Inanspruchnahme von Gesellschaftern für Gesellschaftsverbindlichkeiten. 1. Nach dem Ausscheiden. OLG. **21** 386 (Hamburg). Forthaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für den Preis, wenn die Bestellung der Ware vor Eintragung des Ausscheidens, die Lieferung nachher erfolgte, auch wenn der Verkäufer nicht darauf besteht, daß das Akzept auch von dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegeben wird; kein allgemeiner Grundsatz, daß hierin eine Entlassung liege. Keine Berufung auf einen längeren der Firma bewilligten Kredit (Gesamtschuldner, nicht Bürge).

2. Abs. 4. Wirksamkeit von Titeln gegen die Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern. ZBlFG. **11** 42 (Dresden). Zu dem Schuldtitel gegen eine oHG. kann auch nach Auflösung der G. keine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Gesellschafter erteilt werden (gegen Staub). Keine Rechtsnachfolge (§ 727 ZPO.) OLG. **14** 166 (KG.). Besonderer Fall OLG. **3** 345 (KG.) (Liquidation während des Rechtsstreits).

Anhang § 129. Art. 122 aF. HGB. Gesellschaftskonkurs; Ausfallshaftung und Absonderungsrecht. **RG.** JW. **10** 758 Nr. 25. Es ist unzulässig, Art. 122 auf den Fall auszudehnen, wo ein Einzelkaufmann, der früher einer HG. angehörte, später in Konkurs verfällt.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 135. Stellung des Pfandgläubigers; Bilanzrecht. OLG. **21** 386 (KG.). Anspruch des Gläubigers auf Vorlegung einer Gesellschaftsbilanz bejaht (vgl. dagegen **RG. 52** 37 bezüglich Rechnungslegung). Vgl. §§ 118, 156. S. ferner § 145.

§ 137. Geschäftsfortführung durch Erben; Geschäftssonderkonkurs? LeipzZ. **10** 483 Nr. 4 (KG.). Kein Konkurs über das Vermögen einer Firma, deren Inhaber Miterben eines Einzelkaufmanns sind: kein Sonderkonkurs über den im Geschäft angelegten Teil des Nachlasses (§§ 1 Abs. 1, 235 KO.), es liegt auch, da minderjährige Miterben vorhanden sind, keine oHG. vor (§ 209 KO.).

§ 139. Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. 1. Der Erbe als Kommanditist. Natur des Vorganges. BayObLG. **10** 415. Annahme des Antrags des Erben des oHGesellschafters, ihm die Stellung als Kommanditist einzuräumen, ist als Abänderung des bisherigen GVertrags (Umwandlung der oHG. in KommG.) nach § 60 Abs. 3 BayGebG. zu bewerten. Es liegt ein Vertrag vor.

2. Abs. 4. Schuldenhaftung. a) Geiger, Zur Auslegung des § 139 Abs. 4 HGB., LeipzZ. **10** 120 ff. 1. Für die vor dem Erbfall entstandenen Gesellschaftsschulden wird durch Abs. 4 praktisch gegebenenfalls der Haftungsgrund des Erben nach §§ 130, 128 ausgeschlossen; er haftet für diese Gesellschaftsschulden nur mehr auf Grund seiner Erbenstellung (beschränkbar auf den Nachlaß, §§ 1967 ff. BGB.). — Die nach dem Erbfall entstandenen Gesellschaftsschulden werden durch § 139 Abs. 4 erst zu Nachlaßschulden erklärt (§§ 1970, 1975 ff. BGB., 784 ZPO.). Haftung des Erben nach §§ 2014, 2015 BGB., 782 ZPO., 1975, 1978, 1979 BGB., 224 KO., 2145, 2126, 2124, 2144 BGB., 767 ZPO. — 2. Rückwirkende Kraft des Abs. 4? a) den Gesellschaftsgläubigern gegenüber: abgelehnt für vor oder nach dem Erbfall entstandene, aus dem nicht zum Nachlasse gehörigen Erbenvermögen vor Eintritt der Folgen des Abs. 4 befriedigte Gesellschaftsschulden

b) Dagegen ist im Verhältnisse des Erbenvermögens zum Nachlasse der Erbe, der vor Eintritt der Folgen des Abs. 4 eine Gesellschaftsschuld getilgt hat, die später Nachlaßschuld geworden wäre, so zu behandeln, als wäre die Schuld schon zur Zeit der Tilgung Nachlaßverbindlichkeit gewesen: §§ 1978, 670, 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. (nicht § 1979), analoge Anwendung § 224 Abs. 1 KO.: Aufwendungsersatz wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Bei Befriedigung erst nach Eintritt des Abs. 4 Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung (vgl. noch §§ 780, 781, 785, 767 ZPO.). Gleiches gilt bei Eintritt der Nacherbfolge (§§ 2126, 2124, 812 BGB., 767 ZPO., 2145 BGB.). — 3. Haftet der Erbe bereits unbeschränkt vor Eintritt der Folgen des Abs. 4, so ist Abs. 4 für vor dem Todesfall entstandene Gesellschaftsschulden ohne Bedeutung, für nachher entstandene ist billigerweise die Vorschrift nicht anwendbar, weil sonst nur für die Nachlaßgläubiger eine Benachteiligung durch Beseitigung der persönlichen Haftung (§§ 128, 130 HGB.) und Inanspruchnahme des Nachlasses durch die Gesellschaftsgläubiger (insbesondere im Nachlaßkonkurse) stattfände. — Abs. 4 gilt auch für vom Erben selbst kraft seiner Vertretungsbefugnis (§§ 125, 126 HGB.) in der Schwebezeit eingegangene Schulden, außer bei bewußter Ausbeutung der Rechtsunkenntnis des Gläubigers (§§ 138, 826 BGB.). **b)** Heine, Zu § 139 Abs. 4 HGB., LeipzZ. **10** 613 ff. (s. auch JDR. **8** § 139). Gegen Geiger: 1. Die nach dem Erbfalle, vor Eintritt der Folgen des Abs. 4 entstandenen Gesellschaftsschulden rangieren nicht bloß bei bereits eingetretener unbeschränkter Haftung des Erben hinter den eigentlichen Nachlaßschulden (Geiger 121, 125). 2. Rückwirkung (Geiger 123 letzter Abs.): Die Haftung ist nach Abs. 4 § 139 beschränkbar, kann also schon vor dem Eintritte der Folgen geltend gemacht werden; es kann Aufnahme eines Urteilsvorbehalts verlangt werden (Geiger verweist gegenüber dem nur als vorbehaltlosen möglichen Urteil auf die §§ 781, 785, 767 ZPO.). 3. Rückwirkung bei Nacherbfolge (Geiger 124 Abs. 2): Unanwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage (§§ 767 ZPO., 2145 BGB.) des Vorerben gegen die Vollstreckung in das Erbenvermögen durch Zwangshypothek (vor Wirksamwerden des Abs. 4 § 139 begonnen) nach Eintritt der Wirkung und der Nacherbfolge: der Vorerbe hat als solcher gegenüber einer begonnenen, noch nicht vollendeten Zwangsvollstreckung den Rechtsbehelf des § 767 ZPO. (§ 2145 BGB.) bei Beendigung seiner Haftung, also nicht bei durch Eintragung einer Zwangshypothek beendeten Vollstreckung: hier nur Bereicherungsanspruch auf Freistellung seines Grundstücks. Hat der Vorerbe aus persönlichem Vermögen eine Nachlaßschuld befriedigt, so hat er gegen den Nacherben einen Bereicherungsanspruch (§ 812 BGB.), vor Herausgabe des Nachlasses: § 273 Satz 2 BGB.

§ 140. Gesellschafterausschluß. **RG.** JW. **10** 832 Nr. 65, LeipzZ. **10** 925 Nr. 4, R. **10** Nr. 3085. Im Stadium der Liquidation der oHG. kann der Antrag auf Ausschließung eines Gesellschafters nicht mehr gestellt werden. S. auch § 156.

§ 142. I. Geschäftsübernahme durch einen von nur zwei Gesellschaftern (s. a. § 158). Folgen der Übernahme. **a)** SächsOVG. **15** 260. Stempelsteuer bei Überlassung des Geschäfts einer oHG. nebst Aktiven und Passiven an den einen der beiden Gesellschafter: im Anschluß an die preußische Rechtsprechung wird Anwachsung und Anwendbarkeit der Tarifstelle 13 V SächsStStG. (vgl. 25 d Abs. 2 PrStStG.) angenommen (Verwandelung von nicht in Geld bestehendem Gesellschafts- in Sondervermögen, unbeschadet der juristischen Konstruktion). Freilassung des Kopfteils und der Gegenleistung für die Überlassung des Geschäfts. Keine Berücksichtigung der Geschäftsschulden. **b)** KGJ. **39** B 70. Umschreibung ohne Auflassung: Auflassungsstempel im weiteren Sinne nach Tarifst. 8 Abs. 1 Satz 2 **PrStempStG.** (neuer Fassung).

II. Ausdehnung auf andere Fälle. Höpker-Aschoff, Eine Lücke im Handelsgesetzbuche? DJZ. **10** 1076, befürwortet die analoge Anwendbar-

keit der Vorschrift, falls bei mehreren (als zwei) Gesellschaftern der eine Gesellschafter die Übernahme beansprucht.

§ 143. Anmeldung der Auflösung. Marcus, HoldheimsMSchr. **10** 23. Kein Vorgehen des Registerrichters nach § 132 RFGG. bei Fortsetzung der oHG. mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters (ohne vertragliche Bestimmung) zwecks Anmeldung der Auflösung; Anmeldung des Ausscheidens und des Neueintritts der Erben genügt.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. Erfordernis der Liquidation. 1. Kein anderer Weg der Guthabenfeststellung. OLG. **21** 387 (Breslau). Klage des Pfandgläubigers am Auseinandersetzungsguthaben auf einen bestimmten Betrag gegen den das Geschäft weiterführenden Gesellschafter: er muß dartun, daß dem Schuldner auf Grund einer Liquidation oder einer anderweiten vereinbarten Auseinandersetzung ein bestimmter Betrag zusteht; die gerichtliche Feststellung eines Teiles des Guthabens auf Grund der Geschäftsbücher der aufgelösten oHG. und die Abhängigmachung der weiteren Feststellung von der Leistung eines darüber zugeschobenen Eides abhängig zu machen, daß sich der Anschaffungspreis der Warenvorräte der G. infolge Neuanschaffungen ohne Erhöhung der Gesellschaftsschulden um einen bestimmten Betrag erhöht habe, verstößt gegen § 145.

2. Fortsetzung der Liquidation nach Konkurs. **RG.** LeipzZ. **10** 546 Nr. 4, R. **10** Nr. 1654. Ist Gesellschaftsvermögen nach Beendigung des Konkurses noch vorhanden, Auflösung und Liquidation aber schon vor der Konkurseröffnung eingetreten, so ist die durch den Konkurs unterbrochene Liquidation fortzusetzen. Das Amt des früher bestellten Liquidators tritt wieder in Kraft.

§ 146. Abs. 2. Gerichtliche Liquidatorenernennung. 1. Voraussetzungen. RJA. **10** 214, ZBlFG. **11** 118 (KG.). Antrag auf Liquidatorenbestellung bei Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und sofortiger Kündigung des Gesellschaftsvertrags: Ist die Anfechtung begründet, so war der Gesellschaftsvertrag ex tunc nichtig, für die Bestellung eines Liquidators überhaupt kein Raum. Das Registergericht ist nach § 12 RFGG. berechtigt und verpflichtet, die Berechtigung der Anfechtung zu prüfen wie das Prozeßgericht, dies gilt namentlich unbeschadet des § 127 FGG. in Fällen, in welchen es sich um wichtige, keinen Aufschub duldende Verfügungen handelt (KGJ. **21** A 240). Die Kündigung ist nur eventuell, sie hat die Liquidation des Geschäfts zur Folge, während die Anfechtung es dem Anfechtenden ermöglicht, das früher von ihm allein betriebene Geschäft fortzusetzen.

2. Wichtiger Grund. OLG. **21** 388 (Braunschweig). Keine Legitimation eines Gesellschafters zur Schadensersatzklage gegen einen Liquidator. Ausweg § 146 [2] (gegen Staub, Lehmann-Ring).

§ 149. Kompetenz der Liquidatoren. **a)** Allgemein. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **10** 319. Liquidator ist Bevollmächtigter im Sinne von § 266 Abs. 2 StGB. **b)** Befugnis zur Firmenveräußerung. Meyer, Ist das Firmenrecht ein Vermögensrecht? LeipzZ. **10** 60. Im Anschluß an KG. 18. 10. 09 wird die Frage verneint und daher dem Liquidator einer oHG. die Befugnis zur Veräußerung der Firma und zur Übertragung des Rechtes zur Fortführung einer abgeleiteten Firma auf den Erwerber des veräußerten Geschäfts ohne ausdrückliche Einwilligung sämtlicher Gesellschafter abgesprochen. Bei juristischen Personen ist die Zustimmung von demjenigen Organe zu erteilen, welches den Gesamtwillen zum Ausdrucke bringt, z. B. der Generalversammlung der AG. **c)** Neues Geschäft? **RG.** WarnE. **3** 490. Der Rückerwerb von anderweit bereits verkauftem Geräte zwecks Ermöglichung der vertraglichen Übernahme durch

den einen der beiden Gesellschafter bei Liquidation ist als bloßer Wechsel in der Art der Verwertung von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens kein „neues" Geschäft. **d)** Gerichtliche Vertretung. HansGZ. **10** Beibl. 122 (LG. Hamburg). Nur der gesetzliche Vertreter (Liquidator) kann und muß den Offenbarungseid nach § 125 KO. leisten, der diese Eigenschaft zur Zeit der Konkurseröffnung besaß. Die spätere Amtsniederlegung beseitigt die Verpflichtung nicht. **c)** Vgl. unten § 157 **Ib**: KGJ. **39 A** 111.

§ 150. Verhältnis mehrerer Liquidatoren zueinander. OLG. **19** 315, R. **10** Nr. 179 (Kiel). Ein Liquidator kann gegen den anderen auf Zahlung einer eingezogenen Gesellschaftsforderung zum Bankkonto der Liquidationsgesellschaft klagen.

§ 153. Liquidationsfirma. **a)** OLG. **21** 387, KGJ. **39 A** 104. (KG.). Liquidationsfirma bei Veräußerung des Geschäfts nebst Firma unter Vorbehalt eines Grundstücks: Die Bestellung des Liquidators für den zurückbehaltenen Rest kann nicht bei der alten Firma erfolgen. Anmeldung einer neuen Firma mit dem Zusatze zusammen mit der Bestellung des Liquidators (§§ 19, 30 und **RG. 29** 68). **b)** Ebenso RJA. **10** 258 (KG.). **c)** Vgl. RJA. **9** 252, KGJ. **37 A** 317.

§ 156. Rechtsverhältnis der Liquidationsgesellschaft. Anwendbarkeit der Vorschriften des 4. Titels; § 140. **RG.** JW. **10** 832 Nr. 65. Ausschließung eines Gesellschafters ist nicht mehr im Rahmen der Liquidation zulässig; s. §§ 140 ff.

§ 157. Erlöschen der Firma. I. Anmeldung. **a)** Marcus, Das Löschungszwangsverfahren gegen eine oHG., §§ 31, 157 HGB., § 141 FGG., HoldheimsMSchr. **10** 265. Einschreiten des Registerrichters gegen die Liquidatoren, wenn sie nicht mehr vorhanden sind, gegen die Gesellschafter, bei Auflösung ohne Liquidation gegen alle Gesellschafter, auch die nicht vertretungsberechtigten, auch gegen die Kommanditisten (§§ 143, 161, 162 HGB.). **b)** KGJ. **39 A** 111 (KG.). **Setzt sich nach der durch den Tod eines Gesellschafters erfolgten Auflösung einer oHG. der überlebende Gesellschafter mit den Erben des Verstorbenen in der Weise auseinander, daß ersterer das Geschäft nebst Aktiven und Passiven übernimmt, so kann ein solcher Vertrag ohne Mitwirkung des vom Gericht bestellten Liquidators geschlossen werden. § 157 ist unanwendbar.**

II. Abs. 2. Aufbewahrung der Bücher und Papiere. RJA. **10** 256 (KG.). Unzulässigkeit einer Anordnung des Registerrichters über die Verwahrung der Bücher und Papiere, wenn eine Liquidation nicht stattgefunden hat, insbesondere bei Verkauf des Geschäfts nebst Firma, jedoch ausschließlich der Forderungen, Schulden, Geheimbücher und Geschäftsbriefe. Keine Ausdehnung der Vorschrift auf andere Fälle. Es handelt sich nicht um ein Verhältnis zu Dritten im Sinne des § 158. Zuständigkeit des Prozeßrichters.

§ 158. Auseinandersetzung ohne Liquidation. I. Einbringung in eine andere Gesellschaft und Umwandlung. **a)** **RG. 74** 6, JW. **10** 720 Nr. 35, LeipzZ. **10** 682 Nr. 4, R. **10** Nr. 2427. Einbringung des gesamten Gesellschaftsvermögens in von den Gesellschaftern gegründete GmbH.: Keine allgemeine Rechtsnachfolge, sondern Übergabe, Auflassung, Abtretung. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 2715. Umwandlung einer oHG. in eine GmbH.: Keine allgemeine Rechtsnachfolge, sondern Auflösung und Neugründung.

II. Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven. 1. Schuldenregulierung. **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 618 Nr. 4, HoldheimsMSchr. **10** 199. Haftentlassung des ausscheidenden Gesellschafters bei Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven durch einen der beiden Gesellschafter: auch bei Stillschweigen des Gläubigers der oHG. auf die handelsübliche Mitteilung der Übernahme bei Fortsetzung des Geschäftsverkehrs kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, es sei

eine befreiende Schuldübernahme (§ 414 BGB.) genehmigt und der ausscheidende Gesellschafter frei geworden (vgl. **RG. 65** 27). Anders, wenn der (Wechsel-) Gläubiger die Vereinbarung (über die Geschäftsübernahme) selbst durch seine Vermittlung herbeigeführt hat, insbesondere wenn ihm bekannt war, daß die Mißhelligkeiten unter den Teilhabern sich gerade auf den geltend gemachten Wechsel bezogen, der unter Mißbrauch der Firma von dem einen angeblich zu Privatzwecken ausgestellt sein sollte. Keine bloße Erfüllungsübernahme. **b**) **RG.** R. **10** Nr. 2895. Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter: die Verbindlichkeit, die früheren Mitgesellschafter von der Passivenhaftung zu befreien, gehört zu den Betriebsverbindlichkeiten, daher Haftung eines neueintretenden Gesellschafters nach § 28.

2. Wettbewerbsklauseln im Dissoziationsvertrage. **a**) **RG.** JW. **10** 832 Nr. 66. Hat im Dissoziationsvertrage der das Geschäft nebst Aktiven, Passiven und der Firma übernehmende Gesellschafter die Verpflichtung übernommen, unter der alten Firma keine Riemenfabrikation zu betreiben, so erfordern es die Grundsätze von Treu und Glauben, daß der Übernehmer, der das Geschäft und das Recht zur Führung der Firma in eine AG. (deren Firma den Zusatz „vormals S. u. N." erhält, vgl. **RG. 56** 137) einbringt, dafür Sorge trägt, daß eine im Sinne des Dissoziationsvertrags nicht gestattete Fortführung der Firma — nämlich für eine Riemenfabrik — unterbleibt, anderenfalls er schadensersatzpflichtig ist. **b**) **RG.** LeipzZ. **10** 211 Nr. 1, R. **10** Nr. 778. Konventionalstrafe im Sinne des § 348 HGB. (im Betriebe seines Handelsgewerbes) ist auch die im Dissoziationsvertrage bei Geschäftsübernahme durch den einen der Gesellschafter gegen Konkurrenzenthaltung des anderen versprochene.

3. Stempel. **KGJ. 38** B 63 (KG.). Unter der „Beteiligung an der Gesellschaft" im Sinne der Tarrifstelle 25 zu **d** Abs. **3** prStempStG. ist der einem jeden Gesellschafter (entsprechend seinem Guthaben) zustehende quotative Anteil am Reinvermögen zu verstehen. Wird das Reinvermögen durch das Guthaben des erwerbenden Gesellschafters erschöpft, so bleiben die ihm bei der Auseinandersetzung zum Sondereigentum überlassenen Gesellschaftsgegenstände für die Stempelberechnung gänzlich außer Betracht. Dies gilt auch, wenn Reinvermögen nicht vorhanden ist.

Sechster Titel. Verjährung.

Literatur: Jaeger, Verjährung im Falle des Konkurses der offenen Handelsgesellschaft, LeipzZ. **10** 26 ff.

§ 159. Abs. 1. I. Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter nach Gesellschaftskonkurs. **a**) **RG.** (VerZS.) **74** 63, LeipzZ. **10** 848 Nr. 2, R. **10** Nr. 2404 bestätigen **RG. 70** 323: keine 5jährige Verjährungsfrist für gegen die Gesellschafter gerichtete, im Konkurse der oHG. ohne ihren Widerspruch festgestellten Gesellschaftsschulden von kürzerer Frist. **b**) Jäger, Verjährung im Falle des Konkurses der oHG., LeipzZ. **10** 26. Gegen **RG. 70** 323 (JDR. **8** § 159 unter 1): insbesondere dagegen, daß mit der „kürzeren als fünfjährigen Verjährung gegen die Gesellschaft" diejenige, der der Anspruch „kraft seiner Rechtsnatur" (abstrakte) unterliege, gemeint sei. Die Auslegung verstößt gegen den Grundsatz, daß der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten in ihrer jeweiligen Wirksamkeit haftet (§§ 128, 129 HGB.). Unanwendbarkeit des § 425 Abs. 2 BGB. Nur die Fünfjahrfrist bezweckt Vergünstigung des Gesellschafters, nicht der Vorbehalt der kürzeren Verjährung im Nachsatze. § 160 gilt für die doppelte Verjährungsmöglichkeit des Abs. 1 § 159. Folgerungen für den Gesellschaftskonkurs: Verjährung vor Anmeldung begründet zugunsten der Gesellschafter eine Einrede, wenn ihnen die „kürzere" Verjährung des § 159 Abs. 1 aE. zugute

kommt. — Die rechtzeitige Anmeldung unterbricht gegenüber jedem Mitglied auch die Fünfjahrverjährung (vgl. §§ 214, 217 BGB.). — Die Feststellung im Konkurse hat gegenüber der Gesellschaft Eintritt 30 jähriger Verjährung (§ 218 BGB.) zur Folge; damit wird auch den Gesellschaftern die Anrufung der „kürzeren" Frist des § 159 Abs. 1 aE. verschlossen, die Fünfjahrverjährung läuft aber gemäß §§ 160 HGB., 214, 217 BGB. nicht ab Anmeldung, sondern ab Beendigung des Gesellschaftskonkurses. Bei Fortsetzung der Gesellschaft (§ 144 HGB.) gilt die Fünfjahrverjährung nicht, unanwendbar ist § 159 bei durchdringender Beschwerde gegen die Eröffnung des Konkurses.

II. Unanwendbarkeit auf vor dem 1. Januar 1900 stattgefundene Konkurse. **RG.** R. **10** Nr. 733 wie KG., JDR. 8 Ziff. 2.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161. Der beschränkt haftende Gesellschafter (Kommanditist). Erbengemeinschaft als Kommanditist s. Marcus zu § 105 gegen KG., KGJ. **37 A** 145 (JDR. 8 § 161 unter 2).

§§ 161, 164, 170. (§ 125 Abs. 3.) Vertretungsbefugnis des Komplementars. Beschränkung durch Mitwirkung des Prokuristen? s. Marcus zu § 125 unter III.

§§ 162, 173, 176. Ummandelung. KGJ. **39 A** 218. Eintragung einer Hypothek auf das Grundstück einer oHG. nach deren Ummandelung in eine KommG.: zunächst Grundbuchberichtigung erforderlich. Die Identität der G. bleibt gewahrt.

§§ 171, 172. Unterschied zwischen äußerer und innerer Haftung des Kommanditisten; Darlehen oder Einlage? SächsOVG. 14 349. Natur eines neben der vertragsmäßigen Gesellschaftseinlage bestehenden Kontokorrentguthabens des Kommanditisten (steuerrechtlich: Darlehnszinsen oder gewerbliches Einkommen?): Bejahung der Einlagenatur auch des Kontokorrentguthabens, wenn der Unterschied zwischen den beiden Guthaben sich auf den Gewinn- und Verlustanteil, sowie den Zinssatz einer-, den Umfang der Abhebungsbefugnis andererseits beschränkt. Entscheidend ist, daß das Kontokorrentguthaben dem gemeinsamen Unternehmen auf die Dauer der Gesellschaft gewidmet ist, ihre Belassung von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag als Gesellschafterpflicht übernommen und der Anspruch auf sie unlöslich mit der Person eines Gesellschafters verbunden ist. Es ist möglich, die Kommanditisten (beschränkte Haftung nach außen) der Gesellschaft gegenüber als oHGesellschafter zu behandeln; der Kommanditist kann eine Einlage gewähren, die größer ist, als die im Handelsregister eingetragene Haftsumme.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Die Wissenschaft des Aktienrechts hat eine Reihe bedeutsamer Publikationen zu verzeichnen. Namentlich das Problem der Sanierung, das insbesondere die Kapitalsherabsetzung, die Ausgabe von Vorzugsaktien, die Zusammenlegung usw. einschließt, ist in den unten verzeichneten Schriften von Enzenberger, Fischer, Neuburger und Wieland eindringlich behandelt. An tiefgründiger Konstruktion steht die Schrift Fischers, der sich durch seine Schriften über Bilanzwerte bekannt gemacht hat, unbedingt an erster Stelle. Er legt den Schwerpunkt auf die „innere Entwickelung des Aktienrechts" und sucht, manchmal freilich in zu starker Betonung und nicht immer glücklicher Disposition, die Anknüpfung an die wirtschaftlichen Gedankenreihen als Triebkräfte der rechtlichen Entwickelung. In der Konstruktion der Kapitalsherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalserhöhung scheint er Neuburger überlegen. Gemeinsam

ist beiden Schriften die Verlegung des Schwergewichts und der Aufbau der Konstruktion auf den Satz, daß nach der Gründung nicht die Grundkapitalsziffer, sondern das wirkliche Kapital und die Einlagen den Ausgangspunkt aller Konstruktion und Theorie bilden müßten. Nur einzelne, für die Auffassung der beiden Verfasser wesentliche Stellen konnten im Berichte mitgeteilt werden, im übrigen muß auf die Schriften selbst verwiesen werden.

Was die Rechtsprechung anlangt, so sei in erster Linie auf die wichtige und der praktischen Anschauung wohl entsprechende Entscheidung des RG. über das Verhältnis von Übernahme und Nachgründung (bei § 186) hingewiesen. Im übrigen überwiegen unter den aktienrechtlich interessanten Urteilen der Bände 73 und 74 der amtlichen Sammlung stempelrechtliche Fragen. Handelsrechtlich im engeren Sinne sind zwei Entscheidungen aus dem Aufsichtsratsrechte, die die Rechtslage bei nicht zustande gekommener Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und bei Geschäften mit einem Mitgliede des Vorstandes betreffen (s. §§ 243 und 235), und eine über die ausschließliche Wahrnehmung von Regreßansprüchen der Gläubiger durch den Konkursverwalter (§§ 241, 249). Außerordentlich wichtig ist die bei § 184 mitgeteilte Entscheidung des OVG. über die sogen. versteckte Agioemission, die mit der Rechtsprechung des RG. in Stempelfragen in einem dem Steuerfiskus günstigen Widerspruche steht. Veit Simon bezeichnet mit Recht dieses Ergebnis als unerfreulich, da jedenfalls die Kontroverse von beiden höchsten Gerichtshöfen schließlich zugunsten des Fiskus beantwortet wird. Aus der Rechtsprechung des KG. ist neben dem eine Formfrage betreffenden Beschlusse zu § 259, namentlich der bei § 302 mitgeteilte hervorzuheben.

Literatur: Enzenberger, Die Herabsetzung des Aktienkapitals und die Aktieneinziehung, Nürnberg, U. E. Sebald. — R. Fischer, Das Sanierungsproblem. Leipzig 1911. — Franz Horster, Die Erhöhung des Aktienkapitals einer Aktiengesellschaft unter Verwendung des freiwilligen Reservefonds. — Lehmann, Deutsches Handelsrecht. Göschen 1910. — Neuburger, Die Herabsetzung des Grundkapitals bei AG. Berlin 1911. — Wieland, Kauf und Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft im Verhältnisse zu den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Rückzahlung der Einlagen der Aktionäre und die Herabsetzung des Grundkapitals, GoldschmidtsZ. **67** 1—78.

Allgemeine Bemerkungen.

I. Ausländische Gesellschaften. 1. Die Staatsangehörigkeit der AG., ZAktWes. **10** 65. Nach Widerlegung der beiden Theorien, daß die Staatsangehörigkeit der Gründer (Aktionärmehrheit) oder die Nationalität des Ortes der Statuterrichtung maßgebend sei, wird die Nationalität des Ortes für maßgebend erklärt, an dem der Mittelpunkt der gesellschaftlichen Tätigkeit ist.

2. Filialen ausländischer Firmen s. Marcuse bei § 201.

3. Einzelnes. a) Inhulsen, Entscheidungen aus dem englischen Aktienrechte. Aktienübertragung zwecks Vermeidung weiterer Einzahlungen, HoldheimsMSchr. **10** 59. Zu § 22 Companies Act 1908. b) ZAktWes. **10** 140. Das Prüfungsrecht des Registerrichters in Ungarn. c) Freund, Über die Besteuerung der österreichischen Aktiengesellschaften, HoldheimsMSchr. **10** 55.

II. Staatsrechtliche Stellung. Ahlbrecht, Religionsgesellschaften und Registerrichter, DJZ. **10** 123. Besprochen wird der Umfang der Prüfungspflicht des Registerrichters gegenüber Eintragungsanträgen von Religionsgesellschaften zwecks Erlangung der Rechtsfähigkeit als eV., AG. oder GmbH. (Art. 84 EGBGB., Art. 2 EGHGB., ALR. II. 11 §§ 11, 17). Ohne gesetzliche Verleihung können nur die ausdrücklich aufgenommenen Kirchengesellschaften Rechtsfähigkeit erlangen, nicht die geduldeten und die geistlichen Gesellschaften. Bloße Prüfung der Satzung genügt nicht. Art der Prüfung. Für die Löschung von Amts

wegen gelten andere Grundsätze als für die Eintragung (§§ 159, 142, 144 RFGG.). Auch nach Eintragung des Vereins kann von Amts wegen ermittelt werden, ob eine Religionsgesellschaft schon zur Zeit der Eintragung vorgelegen hat (§ 43 Abs. 3 BGB.). Abgrenzung von Gericht und Verwaltungsbehörde: Religionsgesellschaft (Art. 13 VerfU.) nur Löschung von Amts wegen; nicht unter Art. 13 fallende eingetragene Religionsgesellschaft, die nicht satzungsgemäße Zwecke verfolgt: Entziehung der Rechtsfähigkeit durch die Verwaltungsbehörde. Bei AG. und GmbH. entscheidet über die Zulässigkeit der Offiziallöschung nur der urkundliche Inhalt des Gesellschaftsvertrags ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Ziele. Art. 13 VerfU. ist bei AG. gänzlich, bei GmbH. nur, abgesehen von §§ 61, 62 GmbHG., wirkungslos, wenn derartige religiöse Gesellschaften unter Verletzung des Art. 13 in das Handelsregister eingetragen sind.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 178. Aktie. I. Wesen. **a)** Fischer, Sanierungsproblem 15 ff. § 3. Ausgehend davon, daß „der Kapitalanteil" ein wirtschaftlicher Begriff sei (17), der des wirtschaftlichen Mitbesitzes am Gesellschaftsvermögen (kein juristischer, weder sachen- noch personenrechtlicher, kein zahlenmäßiger [Staub]) und daß Kapital die von Kreditoren freie Quote der Aktiven sei, wendet sich Verf. gegen die juristische Auffassung, in der Ziffer der Summenaktie den bloßen statutenmäßigen Soll-Einlagebetrag zu erblicken, statt entsprechend der Verkehrsauffassung den Istbetrag. Die Summenaktie bezeugt nicht die Mitgliedschaftsrechte abstrakt, losgelöst vom erfüllten Mitgliederbeitrage. Bedeutung des Auffassungsunterschieds: wenn ein Teil der Aktien voll, ein anderer nicht voll valutiert ist. Vgl. § 214 Abs. 2 und § 300. Summenaktie: die einzelne erfüllte Mitgliedereinlage. **b)** Vgl. auch Neuburger, Herabsetzung 31, ähnlich wie Fischer: Den auf den Aktien angegebenen Ziffern (Nennbeträgen) kommt lediglich eine nebensächliche Bedeutung zu. Die erste Rolle spielen die auf die Aktien zur Bildung des Grundkapitals eingezahlen Kapitalien. Hieraus werden Folgerungen für die Natur der Kapitalsherabsetzung gezogen.

II. Grundkapital. Neuburger, Herabsetzung 2 ff. Begriff des Grundkapitals als Grundziffer und als Grundkapital. Fälle, in denen das Grundkapital als Kapital nicht vorhanden ist, sondern nur die Ziffer: angenommenes Grundkapital. Verhältnis zu der Unterscheidung von Lehmann: Grundkapital und Gesellschaftsvermögen. Vgl. ferner 190 ff., 196: Grundkapital gleich Summe der auf die Nennbeträge der Aktien eingezahlten Beträge.

III. Genußscheine. **a)** S. § 213. **b)** JDR. 8 § 179. **c)** Vgl. § 262 unter II. **d)** Fischer, Sanierungsproblem 91. Der Genußschein beruht entweder überhaupt auf keiner Einlage oder nicht auf einer Einlage, die mit dem Grundkapital in Verbindung steht. Rechte. Drei Arten von Genußscheinen: α. als Gegenwert für Sacheinlagen immaterieller Natur; β. statt abgefundener Aktien ausgegebene; γ. mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten der §§ 180, 184 oder §§ 213, 215 ausgegebene. **e)** Neuburger, Herabsetzung 306 ff. Genußscheine sind den Genuß gewisser Rechte verbriefende Wertpapiere. Arten.

§ 179. Abs. 3. Verbot vor voller Leistung ausgegebener Inhaberaktien. **RG. 73** 226. Erfordernis der Mitwirkung eines die Aktien fest übernehmenden Zwischenkonsortiums, das sie den alten Aktionären seinerseits abläßt, mit Rücksicht auf das Verbot des Abs. 3. Stempelpflichtigkeit des zweiten Geschäfts zwischen Konsortium und alten Aktionären, auch bei teilweise direkter Zahlung der Aktionäre an die ausgebende AG. statt an das Konsortium.

§ 184. Abs. 2. Überpari(agio)emission (versteckte). BankA. **9** 350 (PrOVG.); auch ZAktWes. **10** 165. Erhält die AG. für die nach einem Kapi-

talserhöhungsbeschlusse zum Nennwert ausgegebenen jungen Aktien einen den Nennbetrag übersteigenden Vermögenswert (sog. versteckte Agioemission), so liegt keine Überpariemission vor; der erzielte Gewinn ist kein als gesellschaftliche Einlage steuerfreier Agiogewinn, sondern steuerpflichtiges Einkommen der AG. — In einer Nachschrift im BankA. weist Veit Simon auf die entgegenstehende Ansicht des RG. hin, die zur Stempelpflicht des Agiogewinns führt. Vgl. noch Entsch. Steuers. **10** 214, 258 und JDR. 8 Anhang zum 3. Abschnitte des II. Buches HGB. (652).

§ 185. Vorzugsaktien. Umwandlung von Stammaktien gegen Zuzahlung. **a)** Allgemein. **α. RG.** BauersZ. **17** 225, JW. **10** 623 Nr. 22, LeipzZ. **10** 459 Nr. 1, BankA. **9** 299, ZAktWes. **10** 100, BayRpflZ. **10** 336, HoldheimsMSchr. **10** 157, DJZ. **10** 766, R. **10** Nr. 2289. Im Anschluß an **RG. 52** 287, **68** 235 wird die Umwandlung in Vorzugsaktien mit Vorzugsdividende und Liquidationsvordeckung für die Zuzahlenden gebilligt. Es steht der AG. frei, über den jährlich erzielten Reingewinn, sowie für den Fall der Liquidation über das freie Aktienvermögen Verfügung zu treffen. Sonderrechte der Aktionäre sind dabei nicht berührt und der Grundsatz der Gleichheit ist dadurch gewahrt, daß es jedem Aktionäre freistand, sich durch Zuzahlung von 40 pCt. diejenigen **Vorteile** zu verschaffen, die die **AG.** in **gesetzlich** zulässiger **Weise** den zuzahlenden Mitgliedern gewährt. Daß die zugestandene Bevorzugung außer Verhältnis zur Leistung der zuzahlenden Aktionäre stehe und insofern gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB.), ist nicht zuzugeben. Ein indirekter Zwang liegt bei jeder Schaffung von Vorzugsaktien durch Statutenänderung vor. β. Fischer, Sanierungsproblem 72 ff., 94 § 12, kämpft gegen die Ansicht, daß bei Schaffung von Vorzugsaktien eine Rechtsentziehung für die alten Aktien nicht stattfinde. Verschiebung in der wirtschaftlichen Funktion der modernen Vorzugsaktie und ihrer Rechtsgrundlage: Gemisch von alten und neuen Einlagen, Verleihung von Werten und Rechten ihrer nicht zuzahlenden Mitaktionäre. Dagegen: limitierte Prioritätsaktie. — (94 ff.) Rechtsgrundlage, einem Mitgliede Rechte zu entziehen: für den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag besteht wie nach allgemeinem Korporationsrechte Freiheit mit Ausnahme des Stimmrechts (vgl. § 252). Der Grundsatz gilt nach § 227 auch für die Mitgliedschaft als Ganzes. Anders für die Minoritätsrechte. — (104 ff.) § 185 und die sechs Methoden der Sanierung. — (113 f.) Verhältnis zu § 262 Ziff. 3. — (119 f.) Verhältnis zu § 138 BGB. **b)** Eigene Aktien der AG. BauersZ. **18** 55. Eine AG. kann nicht ihre im eigenen Besitze befindlichen Aktien durch Zuzahlung in Vorzugsaktien umwandeln. Die Deckung des erhöhten Grundkapitals kann nur durch Dritte geschehen.

§ 186. Abs. 2. I. Aus Einbringen einer Sacheinlage und Übernahme gemischtes Geschäft. **RG. 73** 121. Verstempelung des Einbringens eines durch Mutung erworbenen Rechtes gegen Aktien und das bedingte Versprechen der Geldzahlung an einen Dritten zur Schuldbefreiung der Einbringer einheitlich nach Tarifst. 25 c (nicht außerdem Tarifst. 32).

II. Übernahme oder Nachgründung? Verhältnis von §§ 186, 207 HGB. (Abs. 5). **RG.** JW. **10** 800 Nr. 6, BauersZ. **18** 6, ZAktWes. **10** 141, BayNotZ. **10** 273, HoldheimsMSchr. **10** 200, LeipzZ. **10** 934, WarnE. **3** 355, BayRpflZ. **10** 337, BankA. **10** 380, R. **10** Nr. 2899, 3086. Gültigkeit eines notariellen Vertrags, in dem seitens der eingetragenen AG. (Zweck: alle Arten von geschäftlichen Unternehmungen in Immobilien für eigene oder fremde Rechnung durchzuführen; ein von ihren Gründern am Gründungstage für die noch nicht „registrierte AG." geschlossener notarieller Grundstückskaufvertrag (Preis gleich Grundkapital) „genehmigt" wird: Der „Genehmigungsvertrag" hat völlig selbständigen Charakter trotz dieser Form. Die Ausnahme des Abs. 5 § 207 ist anwendbar, nicht

§ 186 Abs. 2, 4 auf den Grundstückskaufvertrag und § 274 HGB. mit § 141 BGB. auf die Genehmigung als Bestätigung der nichtigen Übernahme.

§ 187. Begriff des Gründers; Stellvertreter. Sorgenfrey, ZBlFG. **11** 322 ff. Bei gesetzlicher wie bei gewillkürter Stellvertretung ist der Vertreter und der Vertretene als Gründer im Sinne des § 187 HGB. anzusehen.

§ 189. Wesen der Zeichnung. Marcus, HoldheimsMSchr. **10** 23. wendet sich gegen die in **RG. 71** 97 (Prospekthaftung der AG. bei Aktienkauf) verwendete Qualifikation der „Aktienzeichnung" als „rechtspolizeilichen Akt". Rechtspolizei kann nur der Staat ausüben.

§ 194. Abs. 2. Die Vergütung der Revisoren bei Prüfung des Gründungsherganges von AG., ZAktWes. **10** 41. Der jetzige Zustand wird erörtert und eine einheitliche Festsetzung befürwortet.

§ 195. Anmeldung. 1. Ziff. 6. Staatliche Genehmigung. **a)** BauersZ. **17** 271. Von der gewerblichen Konzessionserteilung an AG. und GmbH. Soweit persönliche Eigenschaften des Konzessionsinhabers vorausgesetzt sind (§§ 29, 30 a, 31—34 GewO.), Möglichkeit der Konzession verneint, vgl. OVG. **9** 286, PrVerwBl. **23** 583, BayVerwGH. **2** 514. Anders in Württemberg und Baden. **b)** Anwendbarkeit auf Statutenänderungen. DJZ. **10** 1415 (Darmstadt). Die Vorschrift des § 195 bezieht sich nur auf Neugründung, nicht auf Statutenänderungen, für die nur ausnahmsweise (§ 284 Ziff. 4) der Nachweis staatlicher Genehmigung erforderlich ist (anders KGJ. 11 28 [1891]).

2. Abs. 3. **a)** Erklärung über Barzahlung. **RG.** (Strafs.) **43** 182, BauersZ. **17** 268, ZAktWes. **10** 126, R. **10** Nr. 3138. Versicherung, daß die Bareinzahlung im Besitze des Vorstandes sei: Die bloße Gutschrift bei einem Bankier genügt nicht, so wenig wie die Zahlungsleistung durch Scheck oder Wechsel, möchte selbst deren Einziehbarkeit im einzelnen Falle noch so sehr tatsächlich gewährleistet sein. Die rechtliche Möglichkeit, über eine Geldsumme zu verfügen, ersetzt nicht den Besitz als tatsächliches Gewaltverhältnis. Ungenügend ist es, wenn die eingezahlten Beträge sich nur vorübergehend in den Händen des Vorstandes befunden hatten und sofort nach Erledigung des Zweckes, zu dem der Angeklagte sie hergeliehen hatte, Vorzeigung vor dem Notar, in das Bankhaus zurückgewandert sind; es mag sein, daß sie dort dem Vorstande der Gesellschaft in gewissem Sinne zur freien Verfügung gestanden haben, insofern sich der Bankier den Gesellschaften vertraglich bis zur Höhe jener Summen zur Zahlungsleistung verpflichtet hielt, aber die Begriffe „Besitz" und „freie Verfügung" decken sich nicht. Zwar genügt mittelbarer Besitz (§ 868 BGB., z. B. regelmäßiger Verwahrungsvertrag, § 688 BGB.). Ungenügend ist aber, falls keine abgesonderte Verwahrung, sondern einfache a conto-Einzahlung erfolgt. Nach der Anmeldung wäre das zulässig, anders für die Zeit bis zur Anmeldung. Anders § 8 GmbHG. **b)** BauersZ. **18** 9. Die Beseitigung der Aktionärwechsel bei VersicherungsAG. (Auszug aus dem Jahresberichte des Reichsaufsichtsamts). Vgl. JDR. **8** § 218 Ziff. 2.

§ 200. Abs. 2. Verfrühte Aktienausgabe (vor Eintragung). BauersZ. **18** 73. Haftung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats wegen verfrühter Ausgabe der Aktien bei Gründung der AG. oder Erhöhung des Grundkapitals. — Konvaleszenz nach erfolgter Eintragung, keine Einziehung der vorher ausgegebenen nichtigen Urkunden (**RG. 10** 72).

§ 201. Abs. 5. Zweigniederlassungen ausländischer AG. Marcuse, Die Eintragung der Filialen ausländischer Firmen im Handelsregister, LeipzZ. **11** 35. Von welchen Erfordernissen der Gesellschaften unseres HGB. kann bei der Eintragung abgesehen werden? Was ist für unsere Typen Begriffsmerkmal, was Ausgestaltungsvorschrift? I. OfHG. Begriff: § 105 Abs. 1 (drei Merkmale). Die englische und amerikanische partnership ist oHG. II. KommG. Begriff: § 161

Abs. 1 (vier Merkmale). Die amerikanische special partnership als KommG. trotz unbeschränkter Haftung des für die Firma tätigen Kommanditisten. III. AG. Begriff: § 178 (drei Merkmale). Ausgestaltungsvorschrift: Aufsichtsrat (unbekannt in Spanien, fakultativ Schweiz, Holland), Höhe des Grundkapitals, Kapitalseinzahlung (daher englische companies limited by shares, amerikanische stock companies, sociétés anonymes à capital variable), Haftung der Gesellschaft gegenüber über die Einlage hinaus (französische, amerikanische Aktienbanken), Nachschußpflicht (englische companie limited by guarantee and having a capital divided into shares), Aktienurkunde, freie Übertragbarkeit der Aktien (englische companie limited by guarantee). Dagegen keine AG.: joint-stock-companies with unlimited liability und amerikanische joint-stock-association (direkte Haftung). IV. KommG. auf Aktien (§ 320): joint-stock-companies (mit direkter Haftung nur des Vorstandes, sonst sind sie oHG.). V. In das deutsche Gesellschaftssystem nicht unterzubringende Formen: Zweigniederlassungen solcher Typen sind bei denjenigen Personenverbänden unterzubringen, welchen sie am ähnlichsten sind.

§ 207. Nachgründung. Verhältnis zur Übernahme, insbesondere bei einer Terraingesellschaft s. § 186 zu II.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 210. Abs. 2. Das Unternehmen als Handelsgewerbe. *M. Wolff, Berliner Festgabe für Gierke II 125 ff. Das Unternehmen einer AG. (oder eines anderen Vereins, der um seiner Form willen Kaufmann ist) ist stets Handelsgewerbe (gegen Staub, Makower u. a.).

§ 211. Kapitaleinlagengrenze. a) Vgl. Horster zu § 278 HGB. b) Fischer, Sanierungsproblem 116. Vorzugspartnerschaft und § 211.

§ 212. Nebenleistungsgesellschaft. 1. Allgemeines. Fischer, Sanierungsproblem 2 § 2. Die Nebenleistungsaktiengesellschaft eine Nutzungsgemeinschaft. Von dem Unterschiede zwischen kapitalistische oder nicht kapitalistische Vermögensvorteile erstrebenden Assoziationen ausgehend, wird § 212 als der Versuch bezeichnet, Aktien-(Dividenden-)Gesellschaft und Produktivgenossenschaft zusammenzuschweißen. Das wirtschaftliche Bedürfnis nach dieser Zwischenform beruht auf der vinkulierten Namensaktie statt der Austrittsfreiheit des Genossen.

2. Zeitliche Grenze der Verpflichtung. **RG.** R. **10** Nr. 183. Die Pflicht zur satzungsmäßigen Nebenleistung dauert nur so lange, als die AG. besteht und ihr Unternehmen betreibt (**RG. 21** 153).

3. Beschränkte Übertragung. SeuffA. **65** Nr. 43, BayerZ. **17** 150, R. **10** Nr. 1478 (Braunschweig). Gültigkeit einer Übertragung von Aktien einer Zuckerfabrik nur zur Abwälzung der Rübenbaupflicht im Verhältnisse der Parteien des Aktienkaufvertrags als verdecktes Geschäft; kein Scheingeschäft.

§§ 213, 215. Fischer, Sanierungsproblem 27 ff. § 5. Bedeutung der Gewinnbezugsbeschränkung und des Zinsverbots für den Grundsatz der Unveränderlichkeit des Grundkapitals mit Rücksicht auf die Gefahr der Agiotage mit den Aktien. S. auch § 261 Ziff. 5.

§ 213. I. Verbot der Einlagerückforderung. Über das Verhältnis zu § 226 s. dort Wieland, GoldschmidtsZ. **67** 1.

II. Dividendenrecht. 1. Beseitigung des Nachbezugsrechts von Vorzugsaktien s. § 274.

2. Verjährung. Gottschalk, Unterliegen Dividenden der vierjährigen Verjährung des § 197 BGB.? LeipzZ. **10** 667, bejaht im Gegensatze zur herrschenden Ansicht mit Rücksicht auf die Natur der durch die Generalversammlung festgesetzten Dividende als eines reinen Gläubigerrechts und mit Rücksicht auf den Begriff des

Gewinnanteils und der regelmäßig wiederkehrenden Leistung im § 101 BGB. (vgl. **RG.** BayRpflZ. **08** 85; dagegen **RG.** **9** 35, **24** 305). S. a. BGB. § 197 Ziff. 2.

III. Genußschein; Beseitigung. BauersZ. **18** 80. Die Möglichkeiten, Genußscheinsrechte zu beseitigen. „Anfechtungsrecht" der Genußscheinsberechtigten (als Gläubiger) gegen die Grenze des Angemessenen und Üblichen überschreitende Ausstattung von Prioritätsaktien mit Vorzugsrechten in der Absicht, die Rechte der Genußscheine zu beeinträchtigen. Umtausch von Genußscheinen in Aktien und Buchungen hierbei (Genußschein-Amortisationskonto in den Aktiven mit jährlichen Abschreibungen wegen Erhöhung des Grundkapitals um den Übernahmepreis der Genußscheine).

§ 221. Keine Befreiung von der Bareinzahlung. a) Vgl. Horster zu § 278 **a.** **b**) S. § 195 Abs. 3 und JDR. **8** § 218 Ziff. 2.

§ 222. Aktienübertragung. 1. Sperrverpflichtung. **RG.** BankA. **9** 171, R. **10** Nr. 9 und 17. Vereinbarung einer Sperrverpflichtung für Aktien zwecks Hochhaltung des Kurses verstößt nicht gegen die guten Sitten. Die Klausel hat den offensichtlichen Zweck, die Papiere während der Sperrfrist von der Börse fernzuhalten. Der Käufer übernimmt die Aufgabe, die nötigen Vorkehrungen dagegen zu treffen. Er genügt dem nicht, wenn er bei einem Weiterverkauf auch seinem Abnehmer die Sperrverpflichtung auferlegt; er muß daher dafür aufkommen, wenn die Papiere durch seinen Abkäufer oder einen ferneren Nachmann an den offenen Markt gebracht werden. Dagegen ist er entschuldigt, wenn ihm die Papiere trotz sorgfältiger Aufbewahrung gestohlen oder durch den Dieb an der Börse veräußert werden.

2. Vinkulierte Aktien. **RG.** **72** 291, ZAktWes. **10** 139, JW. **10** 154, BauersZ. **17** 150, BankA. **10** 29. Beweis der Genehmigung des Aufsichtsrats zur Abtretung der Namensaktie durch das Aktienbuch bei bestrittener Echtheit im Wechselprozesse: §§ 440, 286 ZPO. Die Eideszuschiebung über die Nichtzustimmung kann als unzulässig nach § 446 ZPO. behandelt werden. Ist der Konkursverwalter der AG. in den Prozeß (wegen Zahlung der auf die Einlage gegebenen Wechsel) eingetreten, so muß darin eine Genehmigung der Abtretung gefunden werden.

§ 226. Beschränkung des Erwerbes eigener Aktien. Wieland, Kauf und Verkauf eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft, GoldschmidtsZ. **67** 1 ff. I. Die Praxis des RG. Den Ausgangspunkt bildet die neue Entsch. des **RG.** **71** 97 (vgl. früher **54** 128 und **62** 29). Aufgabe ist die Stellung des Verkäufers eigener Aktien (Haftbarkeit aus § 217?), des Käufers (Kaufpreis Einlage?) und der AG. selbst (Rechte und Pflichten gegenüber Käufer und Verkäufer, Behandlung der erworbenen Aktie?) zu erörtern. II. Das grundsätzliche Verhältnis des § 213 zu § 226 HGB. (10 ff.). Verhältnis von Aktienzeichnung und Aktienkauf? Entscheidende Frage: Trifft das aktienrechtliche, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger aufgestellte Verbot der Rückzahlung der Einlagen der Aktionäre nur die durch Zeichnung oder auch die durch Aktienverkauf von seiten der Gesellschaft an das Mitglied aufgebrachte Einlage? Das Gläubigerrecht des Aktionärs auf seine Einlage gegenüber der Gesellschaft versagt darum, weil die Zeichnung ein Versprechen auf die Leistung der Einlage nicht nur an die Gesellschaft, sondern auch zu Händen der Gesellschaftsgläubiger darstellt, und weil die Gesellschaft als Kapitalgesellschaft ihre Gläubiger soweit vertritt, als es sich um die Eintreibung und Erhaltung des den Gesellschaftsgläubigern verfangenen Gesellschaftsvermögens handelt (19). Liegt auch in dem Aktienkaufe (von einem Dritten) die Übernahme einer Verbindlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern? (22/23). Wird bejaht (27), während (23—26) die Verpflichtung auf Leistung der Einlage vom Käufer gegenüber dem Verkäufer besonders übernommen werden muß. Das Verbot des § 213 HGB. umfaßt nicht nur diejenige

Einlage, welche infolge Zeichnung eingezahlt wird, sondern auch diejenige, welche die Gesellschaft durch den Ankauf einer eigenen Aktie zurückbezahlt und durch den Verkauf dieser Aktie später wieder beigebracht hat (anders **RG. 71** 97). III. Einzelne Konsequenzen des Grundsatzes. A. Für die Gesellschaft als Verkäuferin ihrer eigenen Aktien. 1. Mit einem Gläubiger-, im Gegensatze zu einem Mitgliedschaftsrechte vermag allerdings der Käufer Rückzahlung auch des zur Einlage gewordenen Kaufpreises zu erlangen, aber erst, nachdem die übrigen Gesellschaftsgläubiger befriedigt sind. 2. Der Kaufpreis, welchen der Käufer einer AG. für ihre eigenen Aktien bezahlt, wird so weit, aber auch nur so weit Einlage, als zur Deckung des von der Gesellschaft ihrerseits beim Erwerbe der verkauften Aktien ausgelegten Kaufpreises erforderlich ist. Daher ist der Anspruch des Käufers einer ursprünglich von der AG. unentgeltlich erworbenen Aktie auf Rückzahlung des Preises trotz § 213 denkbar. Auch für Verkauf von Aktien unter Dividendengarantie gilt der gleiche Grundsatz (48—55), ebenso für alle Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche: keine Rückgewähr des Kaufpreises für von der AG. verkaufte, von ihr entgeltlich erworbene Aktien, anders bei Vindikation der Aktie durch einen Dritten oder Verkauf amortisierter, kondizierter Aktien; bei Geltendmachung eines Nießbrauchs an der Aktie versagt wiederum der Kaufpreisanspruch des Käufers, ebenso bei physischen Mängeln der Aktienurkunde und beim Verkaufe mit Wiederkauf (anders **ROHG. 17** 388). 3. Verhältnis des § 213 zu den Bestimmungen über Herabsetzung des Grundkapitals. Darf die AG. ihrem Mitglied (abgesehen von Dividenden und Bauzinsen überhaupt keine Zuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen machen, oder darf sie nur das Grundkapital zu diesem Zwecke nicht angreifen? (58 f.). Beide in §§ 213, 289 enthaltenen Verbote decken sich nicht. Die Bedeutung des Grundkapitals als Minimalgarantiefonds der Gesellschaftsgläubiger beschränkt sich auf den Fall der Dividendenausschüttung. Alle anderen Arten der Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen gelten überhaupt als verboten, gleichgültig, ob es sich um Herabsetzung des Grundkapitals handelt oder nicht (§§ 241, 227, 217). B. Für die Gesellschaft als Käuferin und Besitzerin ihrer eigenen Aktien. 1. Als Käuferin (69—72) Stellung der Gesellschaftsgläubiger, des verkaufenden Aktionärs, der AG. selbst. 2. Als Besitzerin: Weiterveräußerungspflicht? Bilanzaktivum? Bedeutung für den Reservefonds.

§ 227. Amortisation. I. Abs. 1. Voraussetzungen. *Enzensberger, Die Herabsetzung des Grundkapitals bei Aktiengesellschaften und die Aktieneinziehung (bei Sebald, Nürnberg). Die Anordnung oder Gestattung ist nicht nur für diejenige Einziehung vorgeschrieben, welche aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgt, sondern auch für die Einziehung aus dem Grundkapitale; sie ist Voraussetzung jeder Einziehung (abw. Makower). — Auch die Einziehung durch Ankauf von Aktien muß durch Statutenbestimmung angeordnet oder gestattet sein; nur braucht hier die Bestimmung nicht schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine vor der Zeichnung der Aktien bewirkte Änderung des Gesellschaftsvertrags getroffen zu sein (abw. Leist, Sanierung).

II. Abs. 2. Durchführung. **a**) *Enzensberger aaO. Die Einziehung, die nicht aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinne, sondern aus Mitteln des Grundkapitals bewirkt wird, unterliegt den für die Herabsetzung des Grundkapitals maßgebenden Vorschriften (§§ 288 ff.), ohne daß dadurch die für die Einziehung gegebenen Bestimmungen (§ 227) überflüssig werden. Dagegen fallen bei der Einziehung aus dem Reingewinn alle Vorschriften, welche die Herabsetzung betreffen, weg, insbesondere die Vorschriften über die Eintragung (abw. Makower, Staub). Bei der Einziehung aus dem Grundkapitale wird die Grundkapitalsziffer in der Bilanz vermindert, dagegen nicht bei der Einziehung aus

dem Reingewinne (64—74, daselbst die bisherige Literatur über die Streitfrage). Bei letzterer bleibt der volle Betrag des bisherigen Grundkapitals als Passivum in der Bilanz. Es ist inkorrekt, den Betrag der eingezogenen Aktien im Reservefonds zu führen. Eine Gesellschaft, die alle Aktien aus dem Reingewinn eingezogen hat und nur mehr aus Genußscheininhabern besteht, bleibt AG. Eine Einziehung sämtlicher Aktien aus dem Grundkapital ist eine Herabsetzung des Aktienkapitals auf 0 oder die Auflösung der Gesellschaft (Genußscheine an Stelle eingezogener Aktien 74—81). **b)** Einziehung aus dem Bilanzgewinne s. hierzu Fischer, Sanierungsproblem 101. **c)** Neuburger, Herabsetzung 186 ff. Ist mit der Einziehung, die aus dem nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Gewinn erfolgt, eine Herabsetzung des Grundkapitals gegeben oder nicht? Gegen die herrschende Ansicht, daß eingezogene Aktien das Grundkapital auf alle Fälle vermindern müßten, weil der Ausgangspunkt: Grundkapital gleich der Summe der Nennbeträge der Aktien nicht anerkannt wird. Fundamentalsatz: Grundkapital = Summe der auf die Aktiennennbeträge eingezahlten Beträge. Im Falle des § 227 Abs. 2 bleibt also das Grundkapital unberührt (198/9).

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§§ 231 ff. Literatur: Rehm, Der Generaldirektor, ZAktWes. **10** 13.

I. Der Generaldirektor vertritt die Gesellschaft nach außen oder leitet sie nach innen: Vorstand oder oberster Gesellschaftsbeamter. Rechtszustand vor dem HGB. von 1861. Versicherungsrecht. Jetzt vielfach Vorsitzender des Direktoriums. II. Schema: **A.** Vorstandsmitglied: 1. alleiniges Vorstandsmitglied; 2. bei mehrgliedrigem Vorstand: a) ausschließlich Vertretungsberechtigter (England, Frankreich), b) Oberleiter, c) Aufsichtsbevorrechtigter. B. Beamter unter dem Vorstande.

§ 231. Vorstand. I. Vertretungsbefugnis. **a)** Zivilrechtliche Guthabenübertragung für Privatschulden des Vorstandsmitglieds. **RG.** BauersZ. **18** 4. Erlöschen einer Bürgschaft für Privatschulden eines Vorstandsmitglieds einer AG. verneint, wenn von dem Konto der AG. bei der Gläubigerin der Schuldbetrag zugunsten des Schuldners verbucht wird, nachdem der Schuldner mitgeteilt hat, die AG. sei hiermit einverstanden: Die Übertragung des Guthabens der AG. als Aktivum auf das Privatkonto des Schuldners steht der Barzahlung gleich, es kann aber darin eine Untreue (§ 266 Ziff. 2 StGB.) liegen, jedenfalls verstößt sie gegen die guten Sitten, solange nicht geltend gemacht werden kann, daß das Vorstandsmitglied nach Lage der Sache zur Verfügung berechtigt war [zusätzlicher Hinweis in BauersZ. auf § 181 BGB.]. **b)** Polizeirecht. PrVerwBl. **31** 61 (PrOVG.). Eine polizeiliche Verfügung, durch welche die Abstellung eines polizeiwidrigen Zustandes eines im Eigentum einer AG. stehenden Grundstücks gefordert wird, ist richtigerweise an die Gesellschaft selbst (z. H. ihrer Direktion) zu richten. Ist die Verfügung an die Direktion ergangen, so kann man aber von einer Unbestimmtheit der Verfügung noch nicht sprechen, wenn nach deren Inhalt ein Mißverständins auf seiten sowohl des Empfängers wie der Polizeibehörde darüber ausgeschlossen ist, wer tatsächlich in Anspruch genommen werden soll.

II. Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder. 1. Anspruch auf die Arbeitskraft. **RG.** BauersZ. **17** 242. Im Anschluß an **RG. 72** 393 wird anerkannt, daß einer AG. ein Anspruch darauf nicht zusteht, daß ein Direktor während der Zeit, in welcher er seinen Vertragspflichten gegen sie nicht nachkommt, seine Arbeitskraft (statt sie einer Konkurrenz zu widmen) liegen läßt: keine Verurteilung, sich jeder anderen Tätigkeit zu enthalten.

2. Vertragslösung. **a)** Zwang. BauersZ. **18** 50. Bedrohung des Vorstandes oder Geschäftsführers mit Verhängung des Konkurses über das Ver-

mögen der Gesellschaft, wenn nicht von seiner Seite auf den bestehenden längeren Anstellungsvertrag oder auf geleistete Vorschüsse verzichtet wird. Anfechtbarkeit nach § 123 BGB. bejaht. **b)** Zuständigkeit des Aufsichtsrats s. § 247.

3. Vergütungsanspruch bei Kündigung. **a)** BauersZ. **17** 241. Dem grundlos vor Ablauf des Vertrags abberufenen Direktor steht über die Zeit seiner Vertragsdauer hinaus kein Entschädigungsanspruch zu. **b)** BauersZ. **18** 27, HansGZ. **31** Hptbl. 217, SeuffBl. **10** 584 (Hamburg). Wenn eine AG. das zwischen ihr und einem Vorstandsmitgliede bestehende Vertragsverhältnis wegen wichtiger Gründe kündigt, erlischt auch der vertragsmäßige Vergütungsanspruch für die Folgezeit. Eine Beschränkung der Kündigungsbefugnis (§ 626 BGB.) auf den Fall eines die Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge habenden Verhaltens bei einem Vertrage der hier vorliegenden Art verstößt gegen die guten Sitten.

§ 232. I. Kollektivvertretung. Vertragsannahme. **RG.** BauersZ. **17** 100. Es besteht keine Verkehrssitte (§ 151 BGB.), daß in Fällen des Vertragsabschlusses mit einer G. mit Kollektivvertretung, wenn den Antrag der anderen Vertragspartei auf Aufhebung des Vertrags nur die eine der vertretungsberechtigten Personen angenommen hat, eine Annahmeerklärung des anderen Vertreters der G. gegenüber dem Antragenden nicht erwartet werde.

II. Spezialermächtigung einzelner Vorstandsmitglieder. BauersZ. **17** 170. Die Ermächtigung eines kollektiv zeichnenden Vorstandsmitglieds zur selbständigen Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte. Hierin liegt die Erteilung einer Handlungsvollmacht (§ 54 HGB.). Der Aufsichtsrat ist kraft statutarischer Ermächtigung oder bei Zustimmung des Vorstandes erteilungsberechtigt. Keine Eintragbarkeit der Vollmacht.

§ 233. Zeichnungsform. OLG. **20** 66, R. **10** Nr. 646 (KG.). Eine vom Vorstand ohne die Form des § 233 namens der AG. abgegebene Erklärung genügt im Grundbuchverkehre.

§ 235. Interne Beschränkung des Vorstandes. **a)** Aufsichtsratsmitglieder als Dritte. **RG. 73** 343, JW. **10** 659 Nr. 24, LeipzZ. **10** 618 Nr. 6, BauersZ. **17** 244, DJZ. **10** 827, R. **10** Nr. 2405. Dritter im Sinne des § 235 ist jeder, demgegenüber der Vorstand die AG. in Geschäften der bezeichneten Art vertritt (**ROHG. 6** 140/1). Die Rechtsverbindlichkeit eines vom Vorstande mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß dem Dritten die Beschränkung, welche der Vorstand — der Gesellschaft gegenüber — hätte einhalten sollen, bekannt war, und die Rechtsverbindlichkeit eines solchen Vertrags mag auch um deswillen noch nicht zu bezweifeln sein, weil der Dritte Mitbegründer und Aufsichtsratsmitglied der betreffenden Gesellschaft ist und in dieser seiner Eigenschaft die Beschränkung des Vorstandes in der Vertragsbefugnis gekannt hat. Hat der mit dem Vorstande kontrahierende Dritte mit dem Abschlusse des Vertrags die ihm als Mitglied des Aufsichtsrats obliegenden Verpflichtungen verletzt, und würde der AG., wenn sie den Vertrag erfüllen müßte, Schaden entstehen, so liegen die Voraussetzungen des § 249 Abs. 2 BGB. vor. Er kann der AG. gegenüber nicht einen Anspruch aus dem Vertrage geltend machen (**RG. 58** 356/7), er würde dolos handeln, wenn er Erfüllung fordert, während er selbst der Beklagten den ihr durch die Erfüllung entstehenden Schaden ersetzen müßte. **b)** Gegenüber dem Registerrichter s. § 238.

§ 237. Vergütung des Vorstandes. I. Tantiemeberechnung. **a)** Buchung als Handlungsunkosten. BauersZ. **17** 145. Eine Bilanz, in welcher die Tantieme des Vorstandes und Aufsichtsrats über Handlungsunkosten verbucht wurde, unterliegt der Anfechtung. **b)** Verhältnis zum Gewinnvortrage. BauersZ. **18** 74. Der Gewinnvortrag ist Rücklage, Reserve, und daher für die Tantieme auszuscheiden (gegen Rehm). Ebenso **RG.**

BauersZ. **12** 229, OVG. in Steuers. **5** 209. Der Gewinnvortrag wird aber tantiemepflichtig, wenn die AG. in einem der folgenden Jahre zur Verteilung der Überschüsse als Dividende schreitet. Keine Abschreibungen aus dem Gewinnvortrage, so daß der Jahresgewinn höher wird, da dadurch der Gewinnsaldo als letzter Posten in der Passiva der Bilanz falsch ausgewiesen ist und ebenso der Gewinnvortragsposten und der Reingewinn des Berichtsjahrs in der Gewinn- und Verlustrechnung. Die Abschreibungen mußten zu Lasten des Überschusses des neuen Geschäftsjahrs gemacht werden.

II. Zeitpunkt der Entnahmeberechtigung. BauersZ. **17** 217. Der Vorstand darf die ihm garantierte Tantieme erst nach Beendigung der über den Reingewinn beschließenden Generalversammlung, nicht schon am Schlusse des Geschäftsjahrs entnehmen. Hierzu BauersZ. **17** 242 über die Buchung solcher Entnahmen auf Kontokorrent- (nicht auf Handlungsunkosten-) Konto und speziell das Konto des Direktors, beim Abschluß Erhöhung des Betrags der Debitoren um den Betrag der abgehobenen Tantieme, bei Verlust Buchung zu Lasten des alten Geschäftsjahrs, nicht des neuen. Dagegen aber auch ebenda.

§ 238. Befugnis zur Prokuristenbestellung. OLG. **22** 35, HoldheimsMSchr. **10** 290, BankA. **10** 236 (KG.). Die Innehaltung der Satzungsbeschränkungen durch den Vorstand bei Prokuristenbestellung dem Registerrichter (kein „Dritter" im Sinne des Satzes 2) nachzuweisen. Bezugnahme auf KGJ. **30** A 109 hinsichtlich des grundsätzlichen Umfanges des Prüfungsrechts. Vgl. KGJ. **22** A 3.

§ 239. Buchführungspflicht. **a)** **RG.** BauersZ. **17** 169, R. **10** Nr. 777. Normalerweise geschieht die Rechnungsabgabe des Vorstandes durch die ihm obliegende und von ihm anzuordnende oder zu beaufsichtigende Buchführung; sie genügt jedoch für sich dann nicht, wenn die Buchungen eine genügende Spezialisierung oder Aufklärung vermissen lassen (§§ 666, 259 BGB., §§ 246, 260 HGB.). **RG.** GruchotsBeitr. **37** 1038. **b)** Ebenso KG., BauersZ. aaO.

§ 240. Abs. 2. Konkursantragspflicht. Marcus, Der Notstand des Schutzes der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei eintretender Zahlungsunfähigkeit, R. **10** 129. Die Schutzvorschrift des Abs. 2 § 240 ist unwirksam. In Anlehnung an §§ 64 ff. PrivVG. wird statt der formalen, registerlichen kuratelgemäße Überwachung gefordert.

§ 241. Literatur: BauersZ. **17** 217, Haftung der Vorstandsmitglieder von AG. und der Geschäftsführer von GmbH. für Verluste an dem ihnen anvertrauten Gesellschaftsvermögen (§§ 675, 667, 275, 282 BGB.).

Abs. 3. Ersatzansprüche der Gläubiger. **RG. 74** 278. Im Anschluß an **RG. 39** 62: während der Dauer des Gesellschaftskonkurses können die Gläubiger die Ersatzansprüche gegen die Gesellschaftsorgane auch dann nicht geltend machen, wenn der Konkursverwalter die Erhebung der Regreßklage ablehnt.

§ 243. I. Internes Vertragsverhältnis der Aufsichtsratsmitglieder. ZAktWes. **10** 119, Das Amt eines Aufsichtsratsmitglieds Mandat oder Dienstvertrag? (nach schweizerischem Rechte). Sowohl nach geltendem Obligationenrechte wie nach dem Entwurf: „Auftrag", folglich jederzeit Rücktritt zulässig (Art. 402).

II. Amtsbeendigung. **a)** BauersZ. **17** 170, Wahl, Abberufung und Rücktritt des Aufsichtsratsvorsitzenden. **b)** BauersZ. **17** 148. Aufsichtsratsmitglieder, welche aus einem wichtigen Grunde ihr Amt vorzeitig niederlegen, haben keinen Vergütungsanspruch für die noch laufende Wahlzeit. **c)** **RG. 73** 234, JW. **10** 585 Nr. 25, HansGZ. **10** Hptbl. 163, LeipzZ. **10** 546 Nr. 5, BauersZ. **17** 219, R. **10** II Nr. 2074/5 bestätigt anscheinend das JDR. **8** zu § 250 Ziff. I mitgeteilte Urteil des OLG. Hamburg nicht, sondern gibt der Entsch. des LG., die die Fortdauer des Amtes des Vorsitzenden über seine Wahlperiode bis zur Neuwahl verneint (die Funktion

des Aufsichtsratsvorsitzenden kann vorübergehend fortfallen, z. B. Tod usw.) den Vorzug. Im übrigen stellt die weder im Gesetze noch im Statute vorgesehene Entscheidung durch das Los kein geeignetes Mittel zur Herstellung eines gültigen Beschlusses des Aufsichtsrats dar. Kommt wegen Stimmengleichheit ein Beschluß des Aufsichtsrats nicht zustande und versagt der Ausweg durch Stichentscheid des Vorsitzenden, so ist die Generalversammlung der Aktionäre zur Entscheidung berufen.

§ 245. Aufsichtsratsvergütung. 1. Verhältnis mehrerer Mitglieder. OLG. **22** 2 (KG.). Keine Gesellschaft der Aufsichtsratsmitglieder untereinander, falls das Statut bestimmt: „die Mitglieder des Aufsichtsrats erhalten zusammen eine Tantieme", kein gemeinschaftliches Recht; jedem steht ein gleicher Anteil zu (§ 420 BGB.), soweit nicht Satzung oder Handelsgebrauch etwas anderes bestimmt. Unterwirft die Satzung die Verteilung der Beschlußfassung des Aufsichtsrats, so ist nicht bloß rechnerische gemeint, sondern nach billigem Ermessen (§ 315 BGB.). Grundsatz: gleichwertige Tätigkeit aller Mitglieder, Nachweispflicht besonderer Umstände des zur Entscheidung Berufenen. Das Mitglied kann auch ohne regelmäßigen Besuch der Aufsichtsratssitzungen seiner Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen und die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren, in vollem Umfange nachgekommen sein, daher dieser Umstand kein Maßstab.

2. Berechnung. **RG.** LeipzZ. **11** 66 Nr. 2. Zulässigkeit einer statutarischen Verbindung eines festen Gehalts mit dem Tantiemesysteme. Bestimmung eines festen Gehalts mit der Maßgabe, daß er auf die außerdem aus dem etwaigen Reingewinne zu gewährende Tantieme in Anrechnung zu bringen ist. Auslegung einer Tantiemeberechnungsvorschrift (Vorabzüge für Reservefonds, Rücklagen, Aktionärdividende, Vorstandstantieme) als nicht für den festen Betrag geltend, der also dem Aufsichtsrat unabhängig von der Erzielung eines Reingewinns zustehen soll.

§ 246. I. Funktionen des Aufsichtsrats. **a)** ZAktWes. **10** 158. Bilanzrevisionen in AG. Nimmt zu dem gleichbetitelten Artikel im Reichsanzeiger v. 4. Oktober 1910 Stellung. Der Aufsichtsrat könne nur die Überwachung der Geschäftsführung leisten, nicht die Prüfung der Jahresrechnungen und Bilanzen. Die Prüfung in Zweifelsfällen genügt nicht. Hinweis auf die neuere Entwickelung der Revisionstätigkeit durch die Treuhandgesellschaften. **b)** ZAktWes. **10** 131, Aufsichtsrat und Bilanzrevision (aus der FrankfurterZ.). Schilderung der Aufgaben und der Tätigkeit des auditor im englischen Rechte und der Bedeutung der qualification shares. Befürwortet wird eine Aufnahme des Instituts der auditors durch Ausgestaltung der Revisoren (§ 266) zu regelmäßigen Einrichtungen.

II. Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten. Recht zur Zuziehung von Hilfskräften. LeipzZ. **10** 90 Nr. 2 (KG.) = JDR. **8** III. Vgl. OLG. **16** 83.

III. Verzicht auf die Rechte? BauersZ. **17** 194. Verneint wird die Möglichkeit eines Verzichts des Aufsichtsrats auf die Rechte aus § 246 in der Form, direkt mit dem Personale zu verkehren.

§ 247. Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats. BauersZ. **18** 25, HansGZ. **31** Hptbl. 217 (Hamburg). Auch wenn statutenmäßig die Generalversammlung zum Widerrufe der Bestellung der Vorstandsmitglieder zuständig ist, ist nebenher der Aufsichtsrat jedenfalls dann zur Entlassung von Vorstandsmitgliedern befugt (§ 247), wenn es sich um Aufhebung des Dienstvertrags wegen erheblicher Pflichtverletzung handelt.

§ 249. Haftung des Aufsichtsrats. **a)** Kollektivhaftung? BauersZ. **18** 5, Wann Aufsichtsratsmitglieder, die niemals in Aktion getreten sind, eine Ersatzverbindlichkeit wegen schädigender Pflichtverletzung des Aufsichtsrats ablehnen können. Behandelt die Wahl von Personen in den Aufsichtsrat, von denen die Aktionäre wußten, daß sie z. B. infolge körperlicher Gebrechen usw. wußten, daß

sie außerstande waren, die Rechte und Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds zu erfüllen. Die Schadensersatzpflicht solcher Personen für Pflichtwidrigkeiten des Aufsichtsrats wird infolge stillschweigenden Verzichts verneint (?). **b**) Prozessuales. Bondi, Gerichtsstand für Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder, DJZ. **09** 481, wendet sich gegen ein Urteil des OLG. Hamm v. 14. November 1908, das die Obliegenheiten des Aufsichtsrats als einheitliche Verpflichtung behandelt und als entscheidend (§ 29 ZPO.) den Ort, wo die Verwaltung geführt wird, bezeichnet, während Bondi auf den handelsgerichtlich eingetragenen Sitz oder § 36 Ziff. 3 ZPO. verweist.

§ 250. Generalversammlung. I. Zuständigkeit. Bei der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden statt des Aufsichtsrats s. § 243.

II. Stellung der Parteigruppen. LeipzZ. **10** 167 Nr. 2, R. **10** II Nr. 1655 (Bamberg). Majorität und Minorität der Generalversammlung können nicht als sich gegenüberstehende Parteigruppen einen rechtsgültigen, für die AG. und die Aktionäre verbindlichen Vergleich oder Schiedsvertrag abschließen.

§ 252. I. Abs. 2. Stimmrecht Bevollmächtigter. Über unwiderrufliche Stimmvollmacht s. §§ 317, 318.

II. Abs. 3. Ruhen des Stimmrechts. **a**) BauersZ. 18 25, HansGZ. **31** Hptbl. 217, R. **10** Nr. 3268 (Hamburg). Kein Stimmrecht des Vorstandsmitglieds als Aktionärs, wenn es sich darum handelt, ob die Aufhebung des Dienstvertrags durch fristlose Kündigung mit Fortfall des Anspruchs auf weitere Vergütung wegen wichtiger Gründe, insbesondere wegen angeblicher Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft, stattfinden soll (ebenso z. B. Staub-Hachenburg Anm. 23 zu § 47 GmbHG.; vgl. im übrigen den Grundsatz in **RG. 60** 172). Dies gilt auch bei ungetrennter Abstimmung über sofortige Entlassung zweier Geschäftsführer, soweit es sich um die des anderen handelt. Bis zum Beginne der Abstimmung konnte getrennte Abstimmung verlangt werden. Die Bedeutung des Entlassungsbeschlusses der Generalversammlung wird nicht dadurch geschmälert, daß nachher einstweilige Verfügung auf Suspension beantragt ist zwecks einwandfreier Feststellung der Entlassung (vgl. §§ 247 und 231 Abs. 2). **b**) BauersZ. **17** 245. Aktionäre und Gesellschafter, deren Aktien oder Geschäftsanteile gegen Zuzahlung in Vorzugsaktien oder -Stammanteile umgewandelt werden sollen, sind bei Beschlußfassung darüber nicht von der Abstimmung ausgeschlossen.

§ 259. Protokoll; Formvorschriften (Anlagen). RJA. **10** 267 (KG.). Die für das Generalversammlungsprotokoll gegebenen Formvorschriften, insbesondere die des § 259 Abs. 3, sind zwingenden Rechtes (vgl. **RG. 65** 92). Ist aber auch ein materiell-rechtlicher Verzicht sämtlicher Aktionäre, die mit allen überhaupt vorhandenen Aktien auf der Versammlung vertreten waren, beurkundet, der sich auf die zugunsten der Aktionäre getroffenen Formen, in denen eine Generalversammlung einzuberufen und ihre Tagesordnung den Aktionären bekannt zu geben ist (§§ 255 ff.), so ist dies zulässig (vgl. RJA. **7** 40, KGJ. **31 A** 164) und die Versammlung einer gehörig berufenen gleichzuachten. Die Form des § 259 ist erfüllt, wenn das Protokoll an Stelle des nicht vorhandenen Belegs über die ordnungsmäßige Ankündigung den diese ersetzenden Verzicht sämtlicher Aktionäre auf ordnungsmäßige Berufung beurkundet.

§ 260. I. Entlastung. HansGZ. **10** Hptbl. 129, BauersZ. **17** 220 (Hamburg). Verhältnis der Klage des Vorstandes und Aufsichtsrats gegen die nach § 57 ZPO. vertretene AG. wegen Entlastungserteilung zur eventuellen Feststellungsklage, daß Schadensersatzansprüche aus der Tätigkeit beider Organe nicht zustehen: letztere hat die Unmöglichkeit der Darlegung des Schadens und seines ursächlichen Zusammenhanges mit den Pflichtverletzungen zur Voraussetzung; zur Verweigerung der Decharge genügt der Nachweis der Möglichkeit eines Schadens. Der Schadensersatzanspruch betrifft auch die Konkursmasse der AG. Zweifelhaft ist die

prozessuale Zulässigkeit des Anspruchs auf Dechargeerteilung (Prozeßvertreter, wenn Vorstand und Aufsichtsrat klagen; Einfluß des Konkurses der AG.? Dahingestellt gelassen, weil der Schadensersatzanspruch auf alle Fälle zur materiellen Erörterung führt). — Vereitelung der Prolongation des Bankkredits der AG. und damit ihrer Sanierung durch Vorstand und Aufsichtsrat: Bedingung der Prolongation war die Schaffung und Placierung einer bestimmten Zahl Vorzugsaktien bis zu einem bestimmten Tage (Placierung = Zeichnung, nicht Zahlung). Der Aufsichtsrat hatte darüber zu wachen, daß die Beschlüsse der Generalversammlung ausgeführt wurden. Er hat aber schuldhaft dem Vorstande die Gebrauchmachung von den Zeichnungen, die Einforderung der 25 pCt. Einzahlungen untersagt, die Kreditgeberin von der späteren Resteinzahlung nicht benachrichtigt, so daß die Sanierung vereitelt wurde. Der Widerruf der Zeichnungen stand als gesetzlich unzulässig nicht entgegen, der Aufsichtsrat durfte auf Kosten der AG. nur den Rechtsstandpunkt einnehmen, so daß es auf die unbegründete, den Lebensinteressen der AG. widersprechende, den Anlaß zum Widerrufe der Zeichnungen abgebende Entlassung des Direktors als Schadensursache nicht ankommt.

II. Geschäftsbericht. BauersZ. 17 97, Über die Grenzen der Offenbarungspflicht des Vorstandes im Geschäftsbericht usw. Zulässigkeit der Zusammenziehung des Fabrikations- und Geschäftsunkostenkontos in eine Ziffer, Pflicht zur Angabe des Umsatzes im Geschäftsbericht, Erfordernis der Angabe, aus wieviel Konten die Wechselforderungen und die Debitoren bestehen.

§ 261. Literatur: Beigel, Zur Frage der Bilanzierung von Schuldtiteln über Staatsanleihen, BankA. **10** 174. — Reisch, Die Bewertung der öffentlichen Anlehenstitres in den Bilanzen der AG., BankA. **9** 305 und 371. — Dazu Furlan und Homburger, ebenda 369. — Waldschmidt, Staatshaushalt und Bilanz, BankA. **10** 193 und 229.

Bilanz. I. Allgemeine Grundsätze. 1. Kontenspezialisierung. BauersZ. 18 75 (Dresden). Erfolglose Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen unterlassener Spezialisierung des Fabrikationskontos in der Gewinn- und Verlustrechnung: in der Gewinnrechnung stand nur die Bemerkung: „Fabrikationskonto, Bruttogewinn abzüglich Betriebskosten x M.". § 48 GenG., § 27 HypBankG. sind Spezialvorschriften. Die Zulässigkeit hängt von der Verkehrsauffassung und Verkehrsübung ab. Diese läßt solche Gewinn- und Verlustrechnungen zu, sie sind auch mit den Grundsätzen einer ordentlichen kaufmännischen Buchführung vereinbar.

2. Verwendung außerordentlicher Gewinne. BauersZ. 18 54. Verwendung der Gewinne aus Grundstücksverkäufen (außerordentlicher Gewinn?) zur Verteilung oder zu Abschreibungen ist zulässig.

3. Waldschmidt aaO. Kaufmännische Bilanz oder Etat für Betriebsverwaltungen? Das Prinzip der kaufmännischen Buchführung: sie befaßt sich nicht nur mit den Veränderungen des Kassenbestandes (Einnahmen, Ausgaben in Geld), sondern mit dem ganzen Vermögen. Soll und Haben (Debet, Kredit) sind nur Plus- und Minuszeichen. Die doppelte Kontenreihe: Konten der effektiven Vermögensbestandteile, Kontenreihe des Reinvermögens (die einzelnen Konti des Reinvermögens: Bilanz-, echte Reservekonti, Gewinn- und Verlustkonto). Hilfskonten. Anlagekonti und Abschreibungen. Vier Arten von Konti: Bestand-, Personen-, Betriebs-, Verrechnungskonti. Bilanzgleichung: Aktiva minus (Passiva + Reinvermögen) = Erfolg. Wesen der kameralistischen Buchführung.

II. Bewertungsvorschriften. 1. Ziff. 1. Gesperrte Wertpapiere. BauersZ. 18 49. Einsetzung von Pfandbriefen zum (al pari) Einlösungsbetrage statt zum niedrigeren Börsenkurs in die Bilanz, wenn die die Papiere für

Hypotheken gebende Hypothekenbank sich zur Einlösung al pari nach 2 Jahren verpflichtet hat, die AG. sich anheischig macht, die Papiere nicht in den Verkehr zu bringen. Die Anwendbarkeit der Ziff. 1 fällt weg, wenn die Besitzerin der Pfandbriefe gar nicht in die Lage kommt, einen Kursverlust zu erleiden, wenn sie also nach Ablauf der zweijährigen Sperrfrist auf Einlösung der Wertpapiere zum Nennbetrage rechnen kann. Sie sind hier auch im Sinne von Ziff. 3 als zum dauernden Geschäftsbetriebe bestimmt anzusehen. Außerdem ist es aber möglich, die Papiere zwar zum Börsenpreise zu bewerten, aber die Differenz gegenüber dem Nennwert als Einlösungskonto zu aktivieren, event. unter Kürzung der Zinsen bis zum Fälligkeitstage.

2. Ziff. 2. Vermögensgegenstände ohne Marktpreis. BauersZ. **17** 104, Die Bewertung nicht marktgängiger Vorräte, wenn am Bilanztage der Tagespreis unter den Gestehungspreis gesunken ist. Die streitige Frage wird zugunsten der Ansicht entschieden, daß der höhere Gestehungspreis eingesetzt werden könne (Verteilungs-, keine Vermögensbilanz).

3. Ziff. 3. Anlagen und Betriebsgegenstände. **a**) Der Wertansatz. α. *Knappe, HoldheimsMSchr. **10** 257 ff. Der Verkaufswert ist für Veräußerungsgegenstände ebensowenig geeignet, wie für Gebrauchsgegenstände. Auszugehen ist bei der Aufstellung der ordentlichen Jahresbilanz nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung des § 38 überall vom Erstellungs- (Herstellungs- oder Anschaffungs-) Werte, der auch der anfängliche Buchwert ist, oder vom dauernd niedrigeren Verkaufswert; einzustellen in Inventur und Bilanz ist nach § 40 der gegenwärtige Wert dieses Wertes. Dies fordert Gesetz und Praxis. β. BauersZ. **18** 8, Darf bei dem Übergange von einem Fabrikationsverfahren zu einem anderen der durch den Verkauf der alten Maschinen entstandene Verlust auf die Neuanlage verbucht werden? Bejaht, Anschaffungspreis im weiteren Sinne. **b**) Abschreibungen. α. Knappe, Abschreibungen und Erneuerungsfonds, HoldheimsMSchr. **10** 244. Der Erneuerungsfonds ist eine besondere Form der Abschreibung; er ist ein Berichtigungskonto. Die Abschreibung wegen Wertverminderung ist nicht weniger geeignet, Aktivteile von der Verteilung auszuschließen, als die Abschreibung zur Bildung einer Gewinnreserve. Das gleiche gilt vom unechten Reservekonto (Erneuerungsfonds). β. Beigel, Die Abschreibungen in bilanzrechtlicher und buchhaltungstechnischer Beziehung, ZAktWes. **10** 1 ff. I. Allgemeines. Buchtechnische Aufgabe der Bilanz: durch die Resultate der Hauptbuchkonti die Vermögenslage der AG. ersichtlich zu machen; die Übernahme der Saldi dieser Konti durch die Bilanz ist rein mechanisch; es ist verfehlt, von „Bewertung" zu sprechen. Von Bewertung ist nicht bei den Gegenständen der Ziff. 1 § 260 (niedrigster Satz), sondern nur bei dauernd gesellschaftlichen Zwecken dienenden die Rede. Die Lehre von dem objektiven und individuellen Gebrauchswert ist gefährlich und wertlos. Die effektive Abnahme des Gebrauchswerts hält niemals mit der rechnerischen, buchhalterischen Wertminderung (Zahl der Jahre der Gebrauchsfähigkeit der Anlage dividiert durch den Kostenbetrag = Jahresquote jährlicher Abschreibung) Schritt. Buchwert und Gebrauchswert stimmen niemals überein, Erneuernngskonto kann niemals mit Sicherheit als Bewertungskonto betrachtet werden. Anders bei Bergwerken, Stein-, Kalkbrüchen, Torf- und Tongruben: daher hier Buchung der Substanzminderung auf ein aktives, d. h. Bestandskonto. Der Bilanzgewinn kein „wahrer" Gewinn, sondern ein Buchungsposten. II. Von den Abschreibungen überhaupt. Zweck: Herstellung des Einklanges zwischen Gebrauchs- oder Nutzungswert und Buchwert. Praxis: keine progressiven, sondern gleichmäßige Jahresquoten abzuschreiben. Statt dessen Erneuerungs-Konto, nicht -Fonds (Ziff. 3 § 261). Abschreibung nicht vom verbleibenden Inventarwert, sondern vom Herstellungswert (anderenfalls würden sie sich vermindern). Einfluß von Reparaturen: neuer Tilgungsplan mit geänderten Quoten, die Kosten werden auf An-

lagekonto gebracht; kleinere Reparaturen aber nur über Betriebskonto. A. Zu hohe Abschreibungen. Anfechtbarkeit (§ 213). Entscheidung muß den Aktionären verbleiben. Steuerrechtliche Bedenken. B. Zu niedrige Abschreibungen. Eventuelle Strafbarkeit. III. Schlußwort. IV. Buchführung. A. Die Abschreibungen betreffend. Direkter und indirekter Weg. B. Die Instandhaltung betreffend (Reparaturen usw.). γ. BauersZ. 17 129 (PrOVG.). Außerordentliche Abschreibungen sind als verschleierte Reserven einkommensteuerpflichtig. (§ 16 EinkStG.). Unerheblich ist eine statutenmäßige Beschränkung der Dividendenverteilung oder ein mit der Vermögensrückhaltung verfolgter gemeinnütziger Zweck. Entscheidend ist, ob eine Vermehrung des Vermögens bewirkt wird. Abschreibung des über 4 pCt. hinausgehenden Gewinns auf die Grundstücke dient nicht deren Bewertung und ist unstatthaft (fingierter Gewinn beim Verkauf), also keine Vermögensmehrung, keine steuerpflichtige Reservestellung: Bilanzberichtigung durch Einsatz der wirklichen Grundstückswerte. δ. Steuerrechtlich. Hausgrundstücke als Betriebsgegenstände? s. unter Anhang II Steuerrecht unter 2. c) Bewertung der öffentlichen Anlehenstitres. α. Reisch aaO. Können Kapitalsanlagen in öffentlichen Anlehentitres als nicht zur Weiterveräußerung bestimmte Anlagen angesehen werden? Ansatz zum Anschaffungspreis ohne Rücksicht auf geringeren Wert zulässig? Die erste Frage ist zu bejahen, die zweite nach HGB. zu verneinen. Verf. wendet sich gegen die Einteilung in den Ziff. 1 bis 3 statt des obersten Einteilungsgrundes: Veräußerungs- und Betriebsgegenstände. Erörterungen de lege ferenda über die Ausdehnung der Ziff. 3 auf diese Titres oder des § 262 dahin, daß nichtrealisierte Kursverluste durch Abbuchungen aus dem Reservefonds gedeckt werden dürfen. β. Furlan aaO. Dieser Vorschlag kann nur dann empfohlen werden, wenn es sich um kleine, häufig in ihrer Richtung wechselnde Kursschwankungen — anders wie bei den deutschen Staatsfonds — handelt. γ. Homburger aaO. Es muß zwischen verlosbaren Werten mit festem Tilgungsplan und unverlosbaren Rentenwerten geschieden werden. Für reine Rentenpapiere, wie unsere Staatsanleihen, muß es bei dem bisherigen Modus (Ziff. 1 § 261) bleiben. Es müssen Kursreserven gebildet werden. δ. Beigel aaO. erörtert die Mängel der Bilanzierungsvorschrift Ziff. 1, insbesondere weil sie noch nicht realisierten Kursgewinn zu buchen verbietet, noch nicht realisierten Kursverlust zu buchen zwingt. Ziff. 3 dagegen ist auf Kapitalsanlagen, wie die Vorschrift über Abschreibungen ergibt, nicht anwendbar. Abhilfe: der buchmäßige Kursgewinn ist auf einem provisorischen Kursgewinnkonto gutzuschreiben (in den Passiven), der entsprechende Verlust auf einem provisorischen Kursverlustkonto (in den Aktiven). Nach Verkauf Übertragung auf das definitive Kursdifferenzenkonto oder die Gewinn- und Verlustrechnung.

III. Ansatzvorschriften. Ziff. 5. a) *Enzensberger, Die Herabsetzung des Grundkapitals bei Aktiengesellschaften und die Aktieneinziehung. Bei der Aktieneinziehung aus dem Reingewinn ist der Betrag des Grundkapitals in der vollen statutenmäßigen Höhe unter die Passiven aufzunehmen; ein geringerer Betrag darf nur dann aufgenommen werden, wenn das förmliche Verfahren der Kapitalsherabsetzung (§§ 288 ff.) stattgefunden hat, im Falle der Aktieneinziehung also nur, wenn sie aus dem Grundkapital erfolgt. b) Fischer, Sanierungsproblem 39 f. Bedeutung der Vorschrift für den Grundsatz von der Unveränderlichkeit des Grundkapitals: Maßnahme buchführungsmäßiger Zweckmäßigkeit zur Ersichtlichhaltung der Ziffer des Einlagevermögens. Vgl. auch Neuburger, Herabsetzung 10 ff.

§ 262. Reservefonds. I. Gesetzlicher. 1. Ziff. 1. Aus dem Reingewinne. BauersZ. 17 271, Die Dotierung des gesetzlichen Reservefonds aus den auf neue Rechnung vorgetragenen Gewinnsummen: Pflicht zur Dotierung,

auch wenn keine Dividende verteilt, sondern der volle Überschuß auf neue Rechnung vorgetragen wird.

2. Ziff. 3. Zuzahlungen. Fischer, Sanierungsproblem 113. Verhältnis von § 262 Ziff. 3 zu § 185.

II. Freiwillige Reservefonds. a) ZAktWes. **10** 168, BankA. **10** 348 (KG.). Der Inhaber eines obligationenrechtlichen Genußscheins hat ihr gegenüber die Stellung eines (Darlehns-) Gläubigers. Ein Generalversammlungsbeschluß, wonach nicht durch Dotierung eines nach dem Gesellschaftsvertrage zulässigen Spezialreservefonds, sondern allgemein durch „Vortrag auf neue Rechnung" und „zur Bildung einer Spezialreserve zur Verfügung des Aufsichtsrats zur event. Einlösung der Gewinnanteilscheine bzw. zur Stärkung der Betriebsmittel" verstößt gegen den Darlehnsvertrag mit dem Genußberechtigten. **b)** R. **10** Nr. 2077 (KG.). Anordnung freiwilliger Reservekonten nur durch Gesellschaftsvertrag. Wesen der Spezialreserve: Ausscheidung eines bestimmten Betrags vom Reingewinn und der Verteilung zu einem bestimmten Zwecke, zur Deckung außergewöhnlicher, nicht voraussehbarer Verluste.

§ 265. Abs. 2. Einreichung des Geschäftsberichts. BauersZ. **18** 9. Keine besondere Einreichung des Geschäftsberichts zum Handelsregister, wenn er bereits als beglaubigte Anlage dem Generalversammlungsprotokolle beigefügt ist.

§ 268. Abs. 2. Besondere Vertreter für den Regreßprozeß. 1. BauersZ. **17** 243, LeipzZ. **10** 575 (LG. Dortmund). Zulässigkeit einer Anordnung der Vorlegung von Schriftstücken vor dem Gerichte zwecks Begründung der Regreßklage (Protokollbuch des Aufsichtsrats, Kostenanschläge, Zeichnungen) gegen den Vorstand im Wege einstweiliger Verfügung verneint: für den Hauptprozeß ohne Bedeutung; abgesehen hiervon gibt es keine Klage des Beauftragten (der besonderen Vertreter) gegen den Dienstherrn auf Herausgabe des zur Ausführung Erforderlichen, auch erhielten die Vertreter bereits durch die einstweilige Verfügung das durch den Prozeß zu Erwirkende statt eines Provisoriums.

2. **RG. 74** 301, BankA. **10** 139. Die Vertretungsmacht der besonderen Vertreter erlischt nicht durch Eintritt der Liquidation; es handelt sich um eine einzelne, festbegrenzte Angelegenheit. Sie leiten ihre Vertretungsmacht nicht von einer Bestellung durch die regelmäßigen Vertreter ab.

§ 269. Abs. 4. **RG. 73** 78, JW. **10** 394 Nr. 16, LeipzZ. **10** 460 Nr. 2, ZAktWes. **10** 100, BauersZ. **17** 197, DJZ. **10** 649, R. **10** Nr. 1656/8. RG. bejaht mit Rücksicht auf Fassung und Zweck der Vorschrift entgegen dem JDR. **8** zu § 269 mitgeteilten Urteile des OLG. Hamm die Pflicht der Minderheit, auch die gemäß § 81 GKG. erforderten bezahlten Kostenvorschüsse zu erstatten, auf Grund des § 269 selbst (das Urteil des OLG. ist noch LeipzZ. **10** 167, BauersZ. **17** 78, DJZ. **10** 90, R. **10** II Nr. 385 abgedruckt).

§ 271. Anfechtung. I. Voraussetzung. BauersZ. **18** 8. Wegen Verletzung der Aktionärinteressen bei gesetzmäßigem Verhalten der Organe der AG. gibt es keine Anfechtung.

II. Frist s. § 272 I b.

III. Abs. 3. Legitimation. BauersZ. **17** 270. Nichtzulassung oder Fortweisung eines Aktionärs oder Gesellschafters, der die Versammlung der Aktionäre (Gesellschafter) fortwährend stört: keine „unberechtigte" Nichtzulassung im Sinne von § 271.

IV. Prozeßkosten. Bondi, Die Erstattungsfähigkeit der Kosten mehrerer Rechtsanwälte im Falle § 271 HGB. Besprochen wird ein Urteil des OLG. Bamberg, das die Erstattungsfähigkeit wegen § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO. verneint, und nur die Auslagen des zweiten Anwalts größtenteils zubilligt. Ist die Zuziehung des

zweiten Anwalts intern wesentlich im Interesse und auf Veranlassung einzelner Verwaltungsmitglieder erfolgt, so sind sie der Gesellschaft ersatzpflichtig für die Kosten.

V. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen. Josef, Das Beschwerderecht der Mitglieder von Gesellschaften, HoldheimsMSchr. **10** 127. Gegen das KG. (RJA **9** 254, KGJ. **37** A 153): Da § 271 HGB. dem Widersprechenden ein Anfechtungsrecht gibt und als Mittel hierzu die Klage bezeichnet, auch für diese eine bestimmte Frist vorschreibt, so beschränkt das Gesetz das Anfechtungsrecht auf die Geltendmachung durch fristgemäße Klage, und will also nicht daneben noch dem Aktionär andere Formen zur Geltendmachung seines Widerspruchs einräumen. Verfügungen, die in Angelegenheiten der Gesellschaft ergehen, sind 1. solche, die nur die Gesellschaft als juristische Person betreffen und die Rechte der Mitglieder nur mittelbar berühren (keine Beschwerde des Mitglieds, § 20 FGG.), vgl. KGJ. **34** A 166 [RJA. **8** 199], OLG. **19** 389, RJA. **4** 147, R. **06** Nr. 2155; 2. solche, die zugleich die Rechte der einzelnen Mitglieder betreffen. Widerspruch in der Generalversammlung ist unerheblich. Vgl. RJA. **7** 241, KGJ. **28** A 228, OLG. **8** 260, KGJ. **28** A 58, **34** A 169 [RJA. **8** 210]. Vgl. noch KGJ. **39** A 308.

§ 272. I. Prozeßvertretung. **a)** BauersZ. **18** 5, Die Zustellung der Anfechtungsklage an Vorstand und Aufsichtsrat, namentlich in dem Falle, wenn alle Aufsichtsratsmitglieder im Auslande wohnen. Behandelt die Anwendbarkeit des § 171 Abs. 3 ZPO. Vgl. ebenso Staub Anm. 13 § 272. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 546 Nr. 6, HoldheimsMSchr. **10** 157, BankA. **10** 300, R. **10** Nr. 2290. Die Zustellung der Anfechtungsklage muß auch an die Mitglieder des Aufsichtsrats innerhalb Monatsfrist erfolgen. **c)** OLG. **21** 389 (KG.). Keine Passivlegitimation des Konkursverwalters bei Anfechtung vor der Konkurseröffnung gefaßter Beschlüsse. Keine die Masse betreffende Klage, keine Konkursforderung; vielmehr Mitgliederrecht (vgl. dagegen SchlHolstAnz. **07** 88).

II. Abs. 3. Sicherheitsleistung. BauersZ. **17** 149, Die Voraussetzungen der Sicherheitsleistung durch den einen Beschluß der Generalversammlung anfechtenden Aktionär. Behandelt das Verhältnis von Abs. 3 § 272 zu Abs. 2 § 273.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. Statutenänderung. Rechtsentziehung (Sonderrechte). **a)** Fischer, Sanierungsproblem 97, behandelt insbesondere das Dividendenrecht: es ist grundsätzlich inhaltlich abhängig vom Korporationswillen, nicht aber das Dividendenrecht überhaupt. **b)** Neuburger 44 ff. Einwirkung der drei Sanierungsarten auf die Mitgliedsrechte. Grundsätzlich müssen die Herabsetzung des Nennbetrags und die Zusammenlegung alle Aktien gleichmäßig ergreifen, außer bei Einverständins der betreffenden Aktionäre mit verschiedener Behandlung. **c)** BauersZ. **18** 77, Die Aufhebung des Dividendennachbezugsrechts von Verzugsaktien im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags. Die Beseitigung des Nachbezugsrechts ist nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit zulässig. Bei noch nicht verdienten und noch nicht festgesetzten Dividenden handelt es sich nur um Gesellschafter-, nicht um Gläubigerrechte. Der Erwerber eines solchen Dividendenscheins muß die Aufhebbarkeit des Nachbezugsrechts durch Statutenänderung kennen. Der Dividendenschein bleibt im Gesellschafterrecht auch nach Abtrennung. Das Nachbezugsrecht ist davon abhängig, daß ein Gewinn erzielt wird; ein Recht auf Erzielung des Gewinns hat nicht einmal der Aktionär selbst (vgl. **RG.** **22** 113).

§ 275. Abs. 2. Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens? BauersZ. **18** 8. Die Betriebsüberlassung an ein Syndikat kann mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden.

§ 277. Anmeldung der Vertragsänderung. Anwendbarkeit des § 195 Ziff. 6? s. dort unter 1 b.

§§ 278, 288. Herabsetzung mit sich anschließender Wiedererhöhung des Grundkapitals. a) Fischer, Sanierungsproblem 78 ff. Während die durch § 184 verbotene Unterpariemission darin bestand, daß mit Hilfe gewisser Bilanzierungsweisen die Einlagen der Aktien höher als wirklich dargestellt werden, wird jetzt durch Herabsetzung mit Erhöhung die Einlage der alten Aktionäre und damit ihr Beteiligungsverhältnis künstlich herabgesetzt (Verhältnisbewertung von alten und neuen Aktien). Es besteht bei dieser Sanierungsmethode kein Unterschied für die Rechtsentziehung gegenüber der Ausgabe von Vorzugsaktien und auch die Bedenken Leists (Verstoß gegen das Prinzip des Gläubigerschutzes und der Bilanzwahrheit) sind unbegründet. **b)** Vgl. noch Neuburger, Herabsetzung 300 f. Kombinierte Herabsetzungsbeschlüsse. Unzulässigkeit des Zuzahlungszwanges, insbesondere wenn die Nichtzuzahlenden Nachteile treffen, nicht aber die Zuzahlenden.

§ 278. Literatur: Horster, Die Erhöhung des Aktienkapitals einer AG. unter Verwendung der freiwilligen Reservefonds. Bonn 1910.

a) *Horster aaO. Das Gesellschaftsvermögen soll unter Verwendung der freiwilligen Reservefonds erhöht werden ohne Ausgabe neuer Aktien (9—11). Zweck und Arten der Reservefonds (12—17). Anlage der Reservefonds (17—19). Verf. verneint die Möglichkeit der Ausschüttung der freiwilligen Erhöhung des gesetzlichen Reservefonds (19—27). Die für die in Frage stehende Kapitalserhöhung verschiedenen Wege. Aufrechnungsmöglichkeit (28); Verwendung des § 279 HGB. bei der Erhöhung (30). Verf. empfiehlt den Weg, daß die Generalversammlung beschließt, das Aktienkapital unter Verwendung des freiwilligen Reservefonds zu erhöhen; zugleich wird der Beschluß gefaßt, den Nennbetrag jeder Aktie entsprechend zu erhöhen; es liegt dann in diesem Beschluß eine Ausschüttung des Fonds an die Aktionäre. Da § 211 HGB. die Leistung des Aktionärs auf den Nennbetrag bzw. den Ausgabekurs beschränkt, so ist zu diesem Erhöhungsbeschluß Einstimmigkeit sämtlicher Aktionäre erforderlich. Die Anwendung des § 281 HGB. wird besprochen und die Frage der Abstempelung auf den erhöhten Nennwert, die Stempelpflicht sowie die Eintragung in das Handelsregister (32—47). **b)** Vgl. JDR. **8** § 279; der dort zitierte Beschluß RJA. **10** 18, KGJ. **38 A** 312.

§ 279. Vgl. Horster zu § 278.

§ 281. Vgl. Horster zu § 278.

§§ 288 ff. Neuburger aaO. A. Allgemeiner Teil. 1. Wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Herabsetzung. 2. Arten der Herabsetzung. 3. Arten der Ausführung (Herabsetzung des Nennwerts, Einziehung, Zusammenlegung), Wirkung, Zulässigkeit. 4. Verfahren (Berufung der Generalversammlung, Herabsetzungsbeschluß, Anmeldung und Eintragung, Gläubigerschutz und Durchführung). 5. Anmeldung der erfolgten Herabsetzung, Änderung des Gesellschaftsvertrags und Buchung. 6. Folgen von Verletzungen der Gläubigerschutzvorschriften. B. Besonderer Teil. 1. Unbestimmte Herabsetzungsbeschlüsse. 2. Bedingte, 3. Kombinierte Herabsetzungsbeschlüsse. — Genußscheine. — Übergangsvorschriften.

1. Wesen der Kapitalsherabsetzung. a) *Enzensberger aaO. Es ist prinzipiell zu unterscheiden zwischen effektiver Herabsetzung, bei welcher eine wirkliche Hinausgabe von Aktivwerten aus der Gesellschaft, eine unmittelbare Verminderung des Gesellschaftsvermögens, stattfindet, und buchmäßiger Herabsetzung, die lediglich eine Korrektur der Ziffer des Grundkapitals ist und das Gesellschaftsvermögen unberührt läßt. **b)** Vgl. hierzu Neuburger 35 spricht statt von „effektiver" von „tatsächlicher" Herabsetzung, statt von „ziffernmäßiger" von „rechnungsmäßiger", letzteres, weil auch hier nicht nur die Grundkapitalsziffer herab-

gesetzt wird. (23 ff. u. öfter) Gegen Staub und Rehm: Die Herabsetzung des Grundkapitals ist nicht nur eine Herabsetzung der Grundkapitalziffer. Sie ist (gegen Lehmann) keine teilweise Auflösung. Gegen Makower: Die Verminderung der Grundkapitals hat eine Verminderung der Summe der Anteile am Grundkapital, also der Summe der Aktien zur notwendigen Folge.

2. Abs. 3. Erfordernisse. *Enzensberger aaO. Eine gesonderte Abstimmung und Beschlußfassung der Aktionäre jeder Gattung ist entbehrlich, wenn der Beschluß der Generalversammlung entweder einstimmig gefaßt wird oder so wenig Stimmen gegen die Herabsetzung unter Hinzuzählung der Stimmenthaltungen abgegeben werden, daß diese, auch wenn sie nur von den Angehörigen der kleinsten Aktionärgattung abgegeben worden wären, nicht zu einem Viertel dieser Gattung hinreichen (dagegen Staub [8]).

3. Sanierungsarten. a) Fischer, Sanierungsproblem 85. Sanierungsmethoden im weiteren Sinne durch Kapitalsherabsetzung: a) Ausgleich des Verlustvortrags der Gewinn- und Verlustrechnung gegen das Grundkapitalkonto, b) Aktienrückkauf und Kapitalherabsetzung, c) Freiwillige Überlassung von Aktien zwecks Amortisation. **b)** Neuburger 36 ff. Sanierungsarten: Herabsetzung des Nennbetrags, Zusammenlegung, Einziehung von Aktien.

§ 289. I. Anwendbarkeit der Vorschriften über Kapitalsherabsetzung auf ausländische AG. **RG. 73** 366, JW. **10** 758 Nr. 27, LeipzZ. **10** 682 Nr. 5, ZAktWes. **10** 144, BauersZ. **18** 10, DJZ. **10** 966, R. **10** Nr. 2716. Die Rechtsverhältnisse der AG. bestimmen sich im allgemeinen nach dem Rechte des Staates, in dem sie gegründet sind und ihren Sitz haben. Dies gilt nicht nur für die Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit, sondern auch für die Fragen der Verfassung und Geschäftsführung, für den Gesellschaftsvertrag und seine Abänderungen, sowie die rechtlichen Folgen dieser Abänderungen. — Die Vorschriften über das für die Herabsetzung einzuschlagende Verfahren, die Anmeldung des Beschlusses zur Eintragung in das Handelsregister, die Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen, die eventuellen Zahlungen an die Aktionäre sind nur auf inländische AG. anwendbar, insbesondere auch Abs. 3. Auch die Berufung auf Art. 30 EGBGB. greift nicht durch.

II. Abs. 4. Zahlungen an Aktionäre. *Enzensberger aaO. Meldet sich ein Gläubiger, dessen Forderung vor der letzten öffentlichen Aufforderung begründet ist, erst nach dem Ablaufe des Sperrjahrs, um Befriedigung oder Sicherheit zu erhalten, so ist ihm solche auch dann noch vor weiteren Zahlungen an die Aktionäre zu leisten (dagegen Goldmann); Zahlungen an die Aktionäre oder Befreiungen derselben von der Verpflichtung zur Leistung von Einlagen, die vor seiner Anmeldung erfolgt sind, werden dadurch nicht mehr berührt. — Das zur Rückzahlung an die Aktionäre bestimmte Kapital bleibt bis zur Ausantwortung Gesellschaftsvermögen, so daß, wenn die Gesellschaft während des Sperrjahrs in Konkurs verfällt, die betreffenden Aktionäre erst nach vollständiger Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger mit ihrer Rückzahlungsquote Berücksichtigung finden können.

III. Gebühren. BauersZ. 18 35 (KG.). Für die Eintragung des Beschlusses über die Herabsetzung, sowie für die Eintragung der erfolgten Herabsetzung des Grundkapitals ist in Preußen je eine besondere Gebühr zu bezahlen (§ 72 3 a und b PrGKG.).

§ 290. Aktienverminderung, Zusammenlegung. 1. Allgemeines. a) Fischer, Sanierungsproblem 87. Der Paragraph enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Vernichtet die AG. nach dem Herabsetzungsbeschlusse die überflüssig gewordenen Aktien, so gehen mit der Vernichtung der Urkunden keine Rechte mehr zugrunde, die Rechte der um eine bestimmte Quote herabgesetzten Aktien gehen in Teilen auf die geringere Zahl von bestehenbleibenden Urkunden über.

Folgerung: über den Begriff der Neuheit der Aktie entscheidet nicht die Neuheit der Aktienurkunde, sondern allein die Einlage. Komplizierung bei Wiedererhöhung des Kapitals. b) Neuburger, Herabsetzung 155 ff. § 290 betrifft nur die Zusammenlegung, nicht die Einziehung (vgl. auch 46 ff.). Technische Durchführung.

2. Ausführung der Herabsetzung. BauersZ. **17** 147. Haftung der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, welche die Vernichtung der zusammengelegten Aktien nicht kontrollieren.

§ 291. Anmeldung der erfolgten Herabsetzung. a) Zeitpunkt. *Enzensberger aaO. Um den Zeitpunkt der erfolgten Herabsetzung zu bestimmen, kommt es nicht darauf an, ob das Sperrjahr von Bedeutung ist oder nicht, sondern ob die Herabsetzung eine effektive oder nur buchmäßige ist: wenn bei letzterer infolge der Herabsetzung wieder Dividenden bezahlt werden können, dürfen diese zwar erst nach Ablauf des Sperrjahrs ausgeschüttet werden; dennoch ist die Herabsetzung schon vorher als erfolgt anzusehen. b) Verhältnis zu § 289. Eine Verbindung der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses und der erfolgten Herabsetzung ist nur zulässig in den Fällen der rein buchmäßigen, nicht aber in denen der effektiven Herabsetzung.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit.

§ 292. Ziff. 3. Konkurs. Fuld, Die Aktionäre im Konkursverfahren der AG., ZAktWes. **10** 113 f. Die Behandlung der Aktionäre als Konkursgläubiger ist rechtlich wie wirtschaftlich überaus bedenklich und muß bei Erörterung der Frage, was zur Verstärkung der Rechte der Aktionäre den zahlungsunfähigen AG. gegenüber geschehen kann, vollständig ausgeschaltet werden.

§ 298. (§ 149.) Fälligkeit von Schulden. BauersZ. **18** 79. Die Auflösung der AG. bringt schwebende Schulden, wie z. B. ausgegebene Schuldverschreibungen (Obligationen), mangels besonderer Abrede nicht zur Fälligkeit.

§ 302. Abs. 4. Nachtragsliquidation. a) RJA. **10** 255 (KG.). Abs. 4 setzt nicht voraus, daß das Vermögen verborgen und erst nachträglich bekannt geworden ist. Das erloschene Amt der früheren Liquidatoren lebt nicht von selbst wieder auf, sondern das Gesetz verlangt eine neue Ernennung von Liquidatoren, die ausschließlich dem Registergericht obliegt. b) Oberwinter, Über Vereine, Aktiengesellschaften und Gewerkschaften nach Verteilung des gesamten Vermögens unter die Anfallberechtigten, GruchotsBeitr. **53** 769 ff. Thema: Stehen solchen Gläubigern, die erst nach beendeter Liquidation und Ausantwortung des Vermögens an die Anfallsberechtigten bekannt werden, noch Ansprüche zu, und gegen wen muß die Klage gerichtet werden? 1. Haftung der Anfallsberechtigten nach § 419 BGB. verneint. 2. Erlöschen der Gläubigeransprüche? verneint. 3. Besteht in diesen Fällen die Korporation trotz des scheinbaren Unterganges fort? bejaht. Vgl. auch **RG. 48** 311. Ein Bereicherungsanspruch der Korporation selbst gegen die Anfallsberechtigten besteht nicht. 4. Es besteht ein Bereicherungsanspruch der Gläubiger gegen die Anfallsberechtigten. 5. Unanwendbar sind die Vorschriften des AnfG. gegenüber den Anfallsberechtigten.

§§ 303 ff. Veräußerung des Vermögens im ganzen. a) Heine, Konkursrechtliche Wirkungen bei den nach den §§ 303 ff. HGB. geschlossenen Veräußerungsverträgen, LeipzZ. **10** 131 ff. I. Zu § 303. a) Konkurs vor Genehmigung des Veräußerungsvertrags durch die Generalversammlung: im Gegensatze zu Ziegler, HoldheimsMSchr. **09** 59, werden die §§ 182 ff., 177 BGB. für anwendbar erachtet. Der Konkursverwalter kann den Vertrag genehmigen (§§ 6, 134, 135, 151 KO.). §§ 303, 297, 301 HGB. sind für ihn nicht maßgebend. b) Konkurs vor Abschluß des Veräußerungsvertrags, wenn der Genehmigungsbeschluß schon vorher gefaßt war: im Gegensatze zu Ziegler

aaO. 69 und Staub Anm. 9 zu § 303 wird trotz Abs. 2 § 303 dem vorhergehenden Genehmigungsbeschlusse keine auflösende Wirkung beigemessen, sondern erst der Konkurseröffnung (§ 307 unanwendbar). c) Konkurs nach Beschluß- und Veräußerungsvertrag: § 17 KO. Die durch den Vertragsschluß begründete Haftung (§ 419 BGB.) ist gegenstandslos. II. Zu §§ 305, 306: Bricht vor der Perfektion des Vertrags (§§ 283 Abs. 2, 306, 304 Abs. 4 HGB.) der Konkurs aus, so zessiert das Wahlrecht des Konkursverwalters aus § 17 KO.; das bereits vorher ausgeantwortete Vermögen ist kondizierbar; keine Rechte aus dem Veräußerungsvertrage (§ 419 BGB.). Im Falle des § 306 Aussonderungsrecht der Gläubiger der übernehmenden, vor der Vermögensvereinigung in Konkurs geratenen AG. an deren vorhandenem und dazukommendem Vermögen. b) Schleicher, PrVerwBl. **31** 519. Keine Forthaftung der aufnehmenden AG. aus den Steuerverträgen (§ 43 PrKAbgG.) der aufgenommenen, falls nicht auch für die erste subjektive Steuerpflicht vorliegt. Gleiches gilt bei Zechenstilllegung durch die aufgenommene.

§§ 305, 306. Fusion mit anderen Aktiengesellschaften. 1. Prüfung des Registerrichters, Inhalt des Fusionsvertrags. OLG. **22** 31, LeipzZ. **11** 73, BayNotZ. **10** 299, BauersZ. **18** 78, BankA. **10** 157, RJA. **10** 270, R. **10** Nr. 3087/9 (BayObLG.). Der Registerrichter hat zu prüfen, ob der Beschluß der Generalversammlung (der aufgelösten AG.), der die von den Vorständen der Gesellschaften geschlossene Vereinbarung über die Vereinigung genehmigt, nach Form und Inhalt rechtsgültig ist, die Prüfung muß sich auf den ganzen Vorgang der Vereinigung, den Inhalt der Vereinbarung erstrecken. Die Vereinbarung über die Vereinigung muß bestimmen, in welchem Verhältnisse die Aktionäre der übertragenden G. Aktionäre der übernehmenden werden: mangels einer Bestimmung über die Verteilung der als Gegenleistung zu empfangenden Aktien ist der Vertrag nicht rechtswirksam. Die Bestimmung, daß für die Vermögensübertragung 1,5 Mill. M. Aktien in 1500 Stück gewährt werden, genügt nicht. ➸ In dem Vertrage war hinsichtlich der Begebung der neu auszugebenden Aktien der Übernehmerin auf ein Angebot einer Bank Bezug genommen. Auf die rechtliche Bedeutung einer solchen Bezugnahme ist nicht eingegangen. Red. ⟵

2. Abs. 3. Aktienverminderung. BayObLG. aaO. Anwendbarkeit des § 290 Abs. 1 und Abs. 3 HGB. Dadurch wird nicht ein Verkauf von Aktien gedeckt, der dergestalt erfolgt, daß die die 1500 neuen Aktien der Übernehmerin übernehmende Bank an die Aktionäre der aufgelösten AG. nur 1250 Aktien, für den Rest von 250 aber eine Entschädigung in Geld aushändigen soll. (Im Vereinigungsvertrag ist die Gewährung von 1500 Aktien versprochen, der Kapitalserhöhungsbeschluß sieht nur Neuausgabe von 1250 Stück und Ankauf von 250 Stück für 375 000 M. vor. Die Bank soll jede Aktie der aufgelösten AG. über 1000 M. gegen eine neue und Zuzahlung von 300 M. eintauschen, es können also nicht 1500 Aktien gewährt werden.) Keine Heilung nach § 271. Dieses Verfahren steht auch im Widerspruche mit § 305, in Wirklichkeit besteht die Gegenleistung nicht in 1500 Aktien, sondern nur in 1250 Stück und in 375 000 M. bar, eine Entschädigung in Geld ist aber nach § 305 ausgeschlossen.

§ 306. Fusion ohne Liquidation. Grundbuchmäßiger Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge. KGJ. **38** A 230, BauersZ. **17** 246 (KG.). Im Falle des § 306 findet eine Verschiebung des im § 304 Abs. 5 bestimmten Zeitpunkts auf die den Schlußstein des gesamten Verfahrens bildende Grundkapitalserhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft statt. Mit der Fusion braucht aber weder in dem Falle des § 305, noch in dem des § 306 eine Erhöhung des Grundkapitals verbunden zu sein, zwecks Nachweises der Gesamtrechtsnachfolge für die Grundbuchberichtigung genügt aber auch dann nicht die Eintragung des Beschlusses der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft: im Falle

des § 306 muß außer der im § 304 Abs. 5 gedachten Eintragung entweder die Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung oder das Nichtvorhandensein einer solchen Erhöhung (durch Vorlegung des Fusionsvertrags und der beiden Generalversammlungsbeschlüsse) nachgewiesen werden.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 314. Ziff. 1. Bilanzverschleierung. a) BauersZ. 18 1, Zur Frage der Strafbarkeit eines Vorstandsmitglieds, das wissentlich fiktive Aktiva oder gewisse Aktiva zu hoch oder gewisse Passiva zu niedrig in die Bilanz bringt, diese Ungehörigkeit aber kenntlich macht oder im Geschäftsbericht erwähnt. Die Frage wird bejaht (ebenso Staub Anm. 1). b) BauersZ. 17 147, Können Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder wegen Verschleierung belangt werden, wenn sie die Unterwertigkeit der Pfänder und eine erhebliche Konsortialverpflichtung im Geschäftsberichte verschwiegen haben? Im Kontokorrentverkehre genügt eine Sicherheit lediglich im großen und ganzen. Keine Pflicht zur Erwähnung der aus dem Konsortialvertrag entspringenden zukünftigen Verpflichtungen. c) **RG.** (Straff.) BauersZ. 17 127, BayRpflZ. **10** 137, BankA. **9** 172, DJZ. **10** 81. Das Ausstellenlassen von Wechseln zum Schein zwecks Herabdrückung des Debitorenkontos und Heraufdrückung des Wechselkontos, um zu verdecken, daß dem Aussteller ein seiner Kreditwürdigkeit nicht entsprechender Kredit eingeräumt worden ist (Rückgewähr der Wechsel nach der Aufsichtsratssitzung), ist als Bilanzverschleierung der Vorstandsmitglieder und Beihilfe des Ausstellers strafbar.

§ 315. Ziff. 1. Unterlassung der Aufsichtsratsergänzung. BauersZ. 18 2, Strafbarkeit des Vorstandes, wenn der Aufsichtsrat länger als drei Monate nur aus zwei Personen besteht, obwohl laut Statut Stimmenmehrheit genügt und die zwei ihre Beschlüsse einstimmig faßten. Bejaht, wegen der Schuldfrage wird auf **RG. 3** 712 verwiesen.

§§ 317, 318. Literatur: Jacobi, Stimmrecht in fremden Aktien auf Grund unwiderruflicher Vollmacht, BankA. **10** 81. — Ratjen, ebenda, 116.

§ 317. Stimmenkauf. Jacobi aaO. 83, 84. Der „gewisse Sinn" ist der schon bei dem Kaufe unveränderlich festgelegte Sinn oder der zwar nachher sicher feststehende rechtswidrige, weil absichtlich die Gesellschaft schädigende Sinn. Dahin gehört der Fall, daß der Aktionär in jedem Falle gegen das Wohl der Gesellschaft stimmen soll, sowie der, daß er in einer bestimmten Frage in einer bestimmten Richtung stimmen soll, selbst wenn der Stimmenkäufer glaubt, daß diese Abstimmung im Interesse der Gesellschaft liegt. Trotz der Straflosigkeit ist dieser letzte Vertrag nicht erlaubt (condictio ob turpem causam des Entgelts).

§ 318. Unbefugte Ausübung fremden Stimmrechts. a) Jacobi aaO. Gegen Staub Anm. 5 zu § 318: Wer sich von einem Aktionär durch unwiderrufliche Vollmacht dessen Stimme leiht, kann bei der Abstimmung zurückgewiesen werden, wer einem anderen auf Grund unwiderruflicher Vollmacht die Möglichkeit der Abstimmung verschafft, haftet der AG. nach den Grundsätzen der Vertragsobligation, wer als solch Bevollmächtigter abstimmt, haftet der Gesellschaft nach § 823 Abs. 2 BGB. Der Vertrag, durch den ein Aktionär einem anderen die Stimme auf Zeit leiht, ist auch inter partes wegen Unmöglichkeit der Leistung, unter Berücksichtigung des § 139 BGB. unwirksam. § 318 führt auf den Grundsatz zurück, daß der Aktionär, wenn er abstimmt, der Gesellschaft gegenüber verpflichtet ist, sich dabei von den Interessen der Gesellschaft leiten zu lassen. Gegen Gierke: keine ethische Pflicht. Der Aktionär ist verpflichtet, so zu stimmen, nicht wie es das Gericht, sondern wie er es im Augenblicke der Abstimmung für gut hält. Vgl. **RG.** **68** 317 auf dem Wege über § 826 BGB.; Gierke, Genossenschaftstheorie 182 ff., 565 ff., 705, 708 ff.; O. Chr. Fischer (Jena 1905), Die Verletzung des Gläubiger-

rechts 104 ff. b) Ratjen aaO. Der auf Grund unwiderruflicher Vollmacht Abstimmende handelt keineswegs immer gegen das Interesse der AG. Der Abstimmende kann zutreffendenfalls nicht zurückgewiesen werden. Unentgeltliche Verpflichtungen eines Aktionärs hinsichtlich der Abstimmung, sowie Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht sind zulässig, sofern die Beteiligten die Gesellschaft nicht vorsätzlich schädigen wollen.

Anhang I. Stempelrecht.

A. Reichs-Stempelgesetz vom 15. Juli 1909. I. § 6. Stempelabgabe (Tarif 1a) von der Einlage. **RG.** BankA. **10** 205. Sind abweichend von dem Tatbestande **RG. 45** 87 und **62** 322 nicht Vorzugsaktien gegen Zuzahlung geschaffen, sondern Kapitalsherabsetzung mit -Erhöhung verbunden, so werden neue Mitgliedschaftsrechte geschaffen. Die Erhöhung ist nicht bereits durch die alten verstempelten Aktien beurkundet (vgl. **RG. 70** 237: nur Vermerk macht stempelpflichtig). Jetzt entscheidet § 6: kein Urkundenstempel mehr.

II. Tarifstelle 1a. Inländische Aktien. 1. Bewertung nach dem inneren Werte. a) **RG.** JW. **10** 342 Nr. 27, BayerZ. **17** 201, R. **10** Nr. 2116/7. Bewertung von neu ausgegebenen Aktien nach dem inneren Werte, insbesondere nach dem Werte einer Sacheinlage; mittelbare Festsetzung des Wertes der Sacheinlage nach dem Kursstande der alten Aktien. Berücksichtigung des Umstandes, daß diese Aktien nicht börsengängig sind (private Kursnotierungen); Ermessen bei der Schätzung. Berücksichtigung eines gleichzeitig mit der Überlassung der Aktien an das Bankkonsortium geschlossenen Kaufvertrags zwischen ihm und der AG. über sämtliche Ggschäftsanteile einer zu gründenden GmbH. für den Aktienwert: stand dieser Kaufvertrag durch den die Anteile für einen anscheinend sehr erheblich unter ihrem wahren Werte stehenden Preis an die Klägerin veräußert wurden, zu der Überlassung der Aktien nach dem Willen der Beteiligten in einem derartigen Abhängigkeitsverhältnisse, daß das Entgelt für die Überlassung der Aktien nicht nur in der Barzahlung von $3^1/_2$ Mill. M., sondern zugleich auch durch den Abschluß des Vertrags gewährt wurde, der der Klägerin einen wertvollen Vermögensgegenstand weit unter seinem wahren Werte überließ? Läßt sich ein solcher von den Beteiligten gewollter Zusammenhang feststellen, so würde es weder dem RStempG. noch dem HGB. widersprechen, daß als „Wert", für den die neuen Aktien übernommen sind, nicht nur der bar zu entrichtende Nennwert, sondern auch der den Kaufpreis übersteigende, wahre Wert der veräußerten Geschäftsanteile anzusehen sei. (Abgelehnt wird die Ansicht des BerGer., infolge des wirtschaftlichen Zusammenhanges der Verträge eine Sacheinlage, nämlich des Vermögens der GmbH. gegen Ausgabe der neuen Aktien, und den Wert der Aktien nach dem Werte dieses Vermögens anzunehmen). — Vgl. JDR. 8 Anhang 652 unter I. b) **RG.** SächsRpflA. **11** 130, JW. **11** 195, BankA. **10** 239. Ermittelung des maßgebenden inneren Wertes von Aktien nach dem Werte der Gegenleistung des Erwerbers (**RG. 61** 302, **67** 326, **69** 199): kein allgemein gültiger Rechtssatz. Die Findung des wirklichen Wertes ist Tatfrage, es kann hierbei auch der Kurswert der alten Aktien von Bedeutung sein. c) **RG.** BankA. **10** 157. Ermittelung des inneren Wertes neu ausgegebener Aktien aus dem Werte der als Gegenleistung eingebrachten Brauerei: in **RG. 69** 203 ist die Bilanz als Stütze der Wertsermittelung nicht schlechthin verworfen, sondern nur ausgesprochen, daß die Bilanzwerte nicht grundsätzlich entscheidend seien; es ist daher zulässig, die zur Brauerei gehörigen Mobilien mangels anderer Grundlagen nach der Bilanz einzustellen. Kein Abzug einer erst nach der Einbringung von der AG. angeschafften Maschine deswegen, weil der Einbringende die Anschaffung schon vor der Einbringung für notwendig gehalten und eingeleitet hatte. Der Stempel ist für jede einzelne Aktie und nicht von dem gefundenen Gesamtwerte zu berechnen.

2. Mitansatz des Stempels bei dem Ausgabebetrage? **RG. 73** 185, BauersZ. **18** 35, BankA. **9** 268, R. **10** Nr. 2118. Bei der Berechnung des zugrunde zu legenden Ausgabebetrags ist auch der Betrag des Stempels mitanzusetzen, auch wenn er in dem für die Übernahme der Aktien festgesetzten Kurse schon enthalten ist. Ebenso **RG.** 5. 10. 09 **55** 43 steht nicht entgegen: Kosten und Stempel dürfen dem Ausgabepreise nicht hinzugerechnet, aber auch nicht abgezogen werden.

III. Tarifstelle 4a. Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte. Abs. 1 Nr. 4 (alten Tarifs, jetzt Nr. 3) und Abs. 2. **RG. 73** 222, JW. **10** 631 Nr. 37, BankA. **9** 268, R. **10** Nr. 2119. Stempelpflicht eines Anschaffungsgeschäfts zwischen einem (Garantie-) Konsortium einerseits, das bei Übernahme von neuen Aktien einer AG. sich verpflichtet hat, diese Aktien den alten Aktionären zu einem bestimmten Preise anzubieten, und diesen Aktionären andererseits: maßgebend ist nicht der wirtschaftliche Erfolg für das Vorhandensein eines stempelpflichtigen Anschaffungsgeschäfts, sondern die rechtliche Gestaltung der durch das Geschäft entstehenden Beziehungen der Beteiligten untereinander. Das Konsortium erwarb den uneingeschränkten Anspruch auf die Übereignung sämtlicher Aktien, ihm gegenüber verschafften sich die alten Aktionäre, und soweit für sie ein Bezugsrecht nicht gegeben war, oder sie von dem gewährten keinen Gebrauch machten, die dritten Abnehmer durch freiwilliges Rechtsgeschäft den Anspruch auf Übereignung der einzelnen Aktien.

IV. Tarifstelle Nr. 9. Vergütungen. **RG. 73** 355, ZAktWes. **10** 138, JW. **10** 660 Nr. 28, LeipzZ. **10** 625 Nr. 36, BauersZ. **17** 218. Da nach den Vorschriften des HGB. grundsätzlich auch eine Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder denkbar ist, die nicht unmittelbar die Führung der Aufsicht selbst betrifft, so fällt die für sie gewährte Vergütung (für juristische, technische Beratung z. B.) ebenso unter die Steuervorschrift, wie das Entgelt für die Übung der eigentlichen Kontrolle.

B. Preußisches Stempelsteuergesetz vom 26. Juni 1909. Tarifstelle 25. Gesellschaftsverträge.

Literatur: Warschauer, Die Gesellschaftsverträge in der preußischen Stempelsteuernovelle vom 26. Juni 1909, HoldheimsMSchr. **10** 25. I. Allgemeines und Übersicht (Tarifstelle 25). II. Neue Stempelquellen (Kolonial-, bürgerlich-rechtliche Gesellschaften und Genossenschaften). III. Stempelerhöhungen. IV. Vorschriften gegen Stempelumgehungen. V. Statistik und Schätzungen.

1. alinea c. Einbringungsstempel. **a) RG.** BauersZ. **17** 151, WarnE. **3** 95. Keine Erhebung des Wertstempels für Immobilien (1 pCt.) und Mobilien ($^1/_3$ pCt.), falls nicht die Gegenstände selbst in die AG., sondern nur sämtliche Geschäftsanteile der sie besitzenden GmbH. eingebracht werden, da sie als Rechtssubjekt fortbesteht. **b) RG. 73** 121, BankA. **10** 140, JW. **10** 345 Nr. 29. Die Entstehungsgeschichte der Tarifstelle 25 (vgl. Tarifst. 32 und 2) ergibt, daß trotz der abweichenden Einteilung in Nr. 32 u. 2 auch die Einbringung beweglicher Gegenstände ebenso zu versteuern ist wie die lästige Veräußerung anderer Gegenstände aller Art als unbeweglicher Sachen oder ihnen gleichgeachteter Rechte. Zu diesen Gegenständen aller Art gehört auch das (Salz) Mutungsrecht (§§ 3, 7 T. I Tit. 2 ALR.), d. h. das dingliche, absolute, Dritte ausschließende Recht, die Verleihung des Bergwerkes verlangen zu dürfen (§§ 22—27 AllgBergG.). Vgl. JW. **01** 146 Nr. 19. **c)** Ebenso **RG. 74** 378 für die Einbringung von Firmenrechten: bewegliche Vermögensgegenstände sind nicht nur körperliche, bewegliche. Die Frage, ob Firmenrechte bewegliche Vermögensgegenstände im Sinne des Tarifs Nr. 25 c sind, ist früher vom RG. bejaht, außer in einem Falle, wo nicht das Geschäft als solches mit der Firma, sondern nur eine Summe einzelner Gegenstände veräußert und daneben ein besonderes Entgelt für die Erlaubnis zur Fortführung der Firma

bedungen war. Unmaßgeblich sind die nichtstempelrechtlichen Entscheidungen über die Veräußerungsfähigkeit der Firma. — Sog. „Abbonnementsgelder", soweit die Bestellungen auf die Zeitung noch nicht erfolgt sind, sind nicht bedingte Forderungen, sondern Bestandteile oder eine Eigenschaft des Zeitungsunternehmens und daher nicht als Forderungen zu versteuern. d) Fusion als Einbringung; Form. **RG.** BankA. **9** 10 (vgl. JDR. 8 § 306 I u. III). Bei Fusion zweier AGen bilden die beiderseitigen Generalversammlungsbeschlüsse nicht die stempelpflichtige Beurkundung des Fusionsvertrags. Die Stempelpflicht setzt die Beurkundung entsprechender Vertragserklärung der Gesellschaftsvorstände als vollziehender Organe, die zur Vertretung nach außen berechtigt sind, voraus: ist deren Einigung noch nicht erfolgt, so enthalten jene Beschlüsse nur eine Anweisung, eine Ermächtigung. Die Generalversammlungsprotokolle sind keine Beurkundung (§ 1 Abs. 1 StempG.). Vgl. § 311 BGB. Ob ein Korrespondenzvertrag vorliegt, ist zu prüfen.

2. alinea d. Überlassungen. **RG. 74** 6, JW. **10** 720 Nr. 35, LeipzZ. **10** 682 Nr. 4, R. **10** Nr. 2427, 2715, 2717. Umwandelung einer oHG. in eine GmbH. durch Einbringung der Gesellschaftsanteile als Einlage in die GmbH. seitens der oHGesellschafter. Die Vermögensübertragung ist nicht gemäß 25 d Abs. 2 stempelfrei. Die oHG. bestand nicht weiter, sondern wurde aufgelöst. Gegenstand des Einbringens bildete das gesamte Vermögen der oHG. Es findet keine allgemeine Rechtsnachfolge, sondern nur Vermögensübergang durch Übergabe, Auflassung, Abtretung der einzelnen Vermögensgegenstände und Rechte statt. Das bürgerliche und das Handelsrecht kennt nicht den allgemeinen Rechtsbegriff der Umwandelung einer Gesellschaft in eine andere, d. h. eine Umänderung der rechtlichen Natur einer Gesellschaft bei bestehenbleibender Identität der Rechtsperson, nur in einzelnen Fällen spricht das Gesetz von der Umwandelung einer Gesellschaft bei bestehenbleibender Identität der Rechtsperson, z. B. § 332 HGB. In §§ 80, 81 GmbHG. handelt es sich nur um Umwandelung im wirtschaftlichen, nicht im Rechtssinne. Die AG. wird zwecks Umwandelung aufgelöst. Bei der Umwandelung einer Gen. m. u. H. in eine solche mit unbeschr. Nachschußpflicht oder einer von beiden in eine solche mit b. H. (§§ 143, 145 GenG.) liegt in Wirklichkeit eine Auflösung der früheren G. G. vor (§ 143 Abs. 1 u. 2). Vgl. auch **RG. 32** 47, JW. **00** 566 Nr. 7. Von Umwandelung einer oHG. in eine andere Gesellschaftsform kann man im wirtschaftlichen Sinne nur dann sprechen, wenn die Auflösung und Neuerrichtung in einem äußerlich einheitlichen Rechtsakt erfolgt und die bei der aufgelösten Gesellschaft Beteiligten auch die Alleinbeteiligten bei der neuen Gesellschaft sind. Keine Einbringung der Anteile einer bestehenden oHG. in die GmbH., sondern des den Gesellschaftern zustehenden Vermögens der aufgelösten oHG. durch Einzelübertragungsakte.

Anhang II. Steuerrecht.

Literatur: Hönemann, Grunderwerbssteuer im Gesellschafts-, Ehegüter- und Miterbenrecht (Einbringung, Veräußerung, Mitgliederwechsel, Auseinandersetzung, besondere Gesellschaftsarten), PrVerwBl. **32** 210 u. 227. — Rohde, Auszug aus den Entscheidungen des PrOVerwG. in Staatssteuersachen. III. Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, PrVerwBl. **31** 566 u. 664 (Bd. 13 der amtlichen Sammlung).

1. PrVerwBl. **32** 200 (PrOVG.). Bei Aktiengesellschaften wird erst durch den Beschluß der G. über die Verwendung der nach dem Abschlusse vorhandenen Überschüsse für die im § 15 (16) EinkStG. bezeichneten Zwecke — insoweit — steuerpflichtiges Einkommen gewissermaßen geschaffen.

2. PrOVG. (Steuers.) **13** 247, PrVerwBl. **31** 664. Abschreibungen auf Hausgrundstücke als Betriebsgegenstände? Unzulässig, wenn es sich nicht um dauernd zum Geschäftsbetriebe bestimmte, sondern solche Grundstücke handelt, die Objekte

des Immobiliarhandels sind. Nicht ohne weiteres Anerkennung handelsrechtlich gebotener oder zulässiger Abschreibungen, falls in Vorjahren ein höherer als der zukommende Wert entgegen HGB. eingesetzt war. Maß der steuerrechtlich zulässigen Abschreibungen: Differenz der nach handelsrechtlichen Grundsätzen anzusetzenden Werte beim Beginn und beim Schlusse der maßgebenden Periode. Bilanzkorrektur bei nicht vorschriftsmäßigem Ansatze.

Anhang III. Gebühren.

1. Generalversammlungsprotokoll. BadNotZ. **10** 120 (Karlsruhe). Gebühr für das Generalversammlungsprotokoll über die Gewinnfestsetzung: Der Reingewinn ist in vollem Betrage zu berücksichtigen, auch soweit beschlossen ist, ihn nicht zu verteilen, sondern auf neue Rechnung vorzutragen, oder soweit es sich um einen aus einem früheren Jahre herrührenden, schon damals bei der Beurkundungsgebühr berücksichtigten Reingewinn handelte; statutarische Aufschiebung der Gewinnverteilung bis zur Liquidation ändert hieran nichts.

2. Mehrheit von Eintragungen auf Grund einer Anmeldung. BayObLG. **10** 425. Wenn auf Grund einer und derselben Anmeldung bei einer AG. mehrere Eintragungen in das Handelsregister erfolgen, die sich teils auf die AG. (Bestellung von Vorstandsstellvertretern), teils auf die für die G. erteilte Prokura beziehen, so ist die Gebühr des Art. 55 Ziff. 4 BayGebG. neben der Gebühr Art. 55 Ziff. 3 c anzusetzen, die Gebühr der Ziff. 4 soviel mal, als Prokuristen bestellt werden, die zur Vertretung in Gemeinschaft mit einem Vorstandsmitgliede berechtigt sind.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320. Abs 2. Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber Dritten, insbesondere Vertretungsbefugnis. **RG. 74** 297, BankA. **10** 123. Auch dem einzigen persönlich haftenden Gesellschafter kann die Vertretungsmacht entzogen werden (§§ 170, 161 Abs. 2, 125 HGB.) [gegen Staub]. Abhilfe nach § 29 BGB.

§ 327. I. Abs. 3. Besondere Vertreter. **a) RG. 74** 301, BankA. **10** 139. Kein Erlöschen der Vertretungsmacht bei Liquidation s. a. § 268 Abs. 2. **b) RG. 74** 301. Eine Klage gegen Vorstand und Aufsichtsrat auf Schadensersatz wegen mangelhafter Geschäftsführung und Aufsicht, welche die Generalversammlung der Kommanditisten beschlossen hat, ist im Namen der Gesellschaft zu erheben.

II. Abs. 4 (§ 330 Abs. 5.) Form der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter zu Generalversammlungsbeschlüssen. KJA. **10** 251 (KG.). Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters zur von der Generalversammlung der Kommanditisten beschlossenen Auflösung (§§ 327 Abs. 2, 320 Abs. 2, 161 Abs. 2, 131 Nr. 2) bedarf der Form des § 327 Abs. 4, notarielle Beglaubigung genügt nicht (§ 125 BGB.).

§ 328. Vertretungsbefugnisse des Aufsichtsrats. **RG. 74** 297, BankA. **10** 123. Dem Aufsichtsrate kann nicht durch Statut im voraus und allgemein die Befugnis erteilt werden, Abänderungen des Gesellschaftsvertrags mit den persönlich haftenden Gesellschaftern zu vereinbaren.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. I. Begriff. R. **10** II Nr. 386 (KG.). Gewinnbeteiligung macht ein Darlehnsverhältnis noch nicht zur stillen Gesellschaft.

II. Gültigkeit. **RG.** BankA. **9** 9, R. **09** Nr. 1839. Wenn ein stiller Gesellschafter sich außer der üblichen Verzinsung seiner Kapitaleinlage noch einen

unverhältnismäßig hohen Mindestgewinnanteil zusichern läßt, so ist darin ein wucherisches Geschäft zu erblicken.

§ 336. (§ 722 BGB.) Gewinn- und Verlustanteil des Stillen. **RG.** LeipzZ. **11** 58 Nr. 2. § 336 gilt, wenn Gewinn- und Verlustanteil nicht bestimmt ist, ist nur Gewinn- oder Verlustanteil bestimmt: § 722 BGB.

§ 335. Büchereinsicht, Umfang. a) OLG. **20** 229 (Hamburg). Einsicht der Bücher und Papiere: Recht, sich die dabei gemachten Notizen mit nach Hause zu nehmen (vgl. § 118 HGB., § 716 BGB.). Kein Recht, sich Abschriften von den Büchern mitzunehmen. Grenzen des Notizrechts: mißbräuchliche Verwendung zum Nachteile des Geschäfts. b) OLG. **19** 390, R. **10** Nr. 387 (KG.). Der stille Gesellschafter kann zur Büchereinsicht einen Sachverständigen zuziehen.

§ 339. (§ 132.) Kündigung. **RG.** LeipzZ. **10** 546 Nr. 7. Auf unbestimmte Zeit eingegangene stille Gesellschaft zwecks Ankaufs und Betriebs einer Apotheke, falls vereinbart ist: „Die G. endet, sobald die Apotheke weiterveräußert ist." Kündigung nach § 132.

§ 340. (Art. 265.) Auseinandersetzung. **RG.** LeipzZ. **10** 926 Nr. 7. Die Auseinandersetzungspflicht schließt die Rechnungslegungspflicht in sich, sie geht auch auf den Rechtsnachfolger über.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 343. I. *M. Wolff, Berliner Festg. f. Gierke II 147 ff. Begriff des Handelsgeschäfts: es gehören dahin nicht nur Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen (über deren Verhältnis: 151 ff.) Ein einseitiges Rechtsgeschäft kann zweiseitiges Handelsgeschäft sein (150 f.). Ein Rechtsgeschäft kann Handelsgeschäft sein, auch wenn nicht alle Tatbestandsstücke Handelsgeschäfte sind (153 ff.).

II. Rechtsprechung. (Vgl. zu HGB. § 28 Nr. 1.) **RG. 72** 434 ff. Nach § 343 Abs. 1 HGB. sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte. Sie beschränken sich nicht auf die einzelnen Abschlüsse im Betriebe, sondern erstrecken sich auf alle geschäftlichen Beziehungen, die mit dem Betrieb in einem solchen Zusammenhange stehen, daß sie sich als Folge des betreffenden Gewerbebetriebs erweisen.

§ 344. I. *M. Wolff, Berliner Festg. f. Gierke II 156 ff. § 344 HGB. enthält nicht bloß eine Vermutung (**praesumtio iuris**), sondern eine materielle Ausdehnung des Handelsgeschäftsbegriffs über § 343 Abs. 1 hinaus: ein nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes gehöriges Geschäft ist dennoch Handelsgeschäft, wenn die Nichtzugehörigkeit beim Geschäftsschlusse dem Geschäftsgegner nicht ersichtlich war.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** DJZ. **10** 426. Der Umstand, daß ein Kaufmann einen von ihm ausgestellten Schuldschein mit seinem Namen unterzeichnet hat, ist an sich nicht geeignet, die Vermutung des § 344 Abs. 2 HGB. zu widerlegen.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 393, R. **10** Nr. 1660. Die Rechtsvermutung des § 344 HGB. gilt nur für die von einem Kaufmann — einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft — vorgenommenen Rechtsgeschäfte hinsichtlich ihrer Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe; nicht aber besteht sie dafür, daß der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für diese handle.

3. OLG. **19** 391, R. **10** Nr. 388 (Dresden). Ungewöhnlichkeit des Geschäfts gegenüber dem sonst in dem betreffenden Handelsbetrieb üblichen widerlegt die Vermutung in Abs. 1 nicht.

§ 346. Handelsgebräuche. **A.** Allgemeines. I. Stillschweigen, Vertragsabschluß. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 894, HoldheimsMSchr. **10** 271, JW. **10** 649, DJZ. **10** 881, R. **10** Nr. 2344. Namentlich im Handelsverkehr unter Kaufleuten kann ein Vertrag auch durch Stillschweigen auf ein Vertragsanerbieten zustande kommen. Dies ist namentlich für die Fälle anerkannt, in denen der Empfänger des ein Angebot enthaltenden Schreibens nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB.) im Falle seines Nichteinverständnisses mit dem Inhalte des Schreibens zur alsbaldigen Beantwortung verpflichtet war, so daß aus deren Unterbleiben sein Einverständnis zu entnehmen ist (**RG. 54** 176). Verfolgt insbesondere ein Bestätigungsschreiben nicht nur den Zweck, ein Beweismittel für den Inhalt eines abgeschlossenen Geschäfts zu beschaffen, bekundet es vielmehr auch die fortbestehende Bereitwilligkeit, ein Geschäft des in dem Schreiben erwähnten Inhalts einzugehen, so kann rechtsgrundsätzlich unter besonderen Umständen das Stillschweigen auf dieses Schreiben in Anwendung der §§ 346 HGB., 157 BGB. dieselbe vertragsbegründende Bedeutung haben wie eine ausdrückliche Zustimmung.

2. R. **10** Nr. 1661 (Colmar). Stillschweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist nicht ohne weiteres als Einverständnis mit dem bestätigten Geschäfte zu deuten. Dies ist in der Regel dann nicht der Fall, wenn es sich um erdichtete Abschlüsse eines Vertreters handelt, die nicht bestätigt werden können, weil der Empfänger sie nicht bestellt hat. Hier wird, zumal wenn die Geschäftsverbindung der Parteien nur eine vorübergehende ist, eine Verpflichtung des Empfängers zum Widerspruche mit der Wirkung, daß dessen Unterlassung als Genehmigung des Geschäfts auszulegen wäre, nicht anzunehmen sein.

3. HansGZ. **10** Hauptbl. 61 ff., BankA. **10** 203 (Hamburg). (§ 254 BGB.) a) Ein Kaufmann, welcher mit einer Bank in Giro- oder Scheckverkehr tritt, unterwirft sich damit stillschweigend den für diesen Geschäftszweig bei der Bank bestehenden Geschäftsbedingungen, wenn ihm das Bestehen solcher Bedingungen bekannt ist. Daß er von ihrem Inhalte Kenntnis genommen hat, ist nicht erforderlich. b) Die Klausel eines Scheckvertrags: daß der Scheckkunde sämtliche auf Grund der ihm ausgehändigten Scheckformulare bei der Bank erhobenen Beträge als für seine Rechnung gezahlt gelten lassen müsse, ist nach Treu und Glauben einschränkend dahin auszulegen, daß die Bank damit ihre Haftung auf den Fall grobfahrlässiger Honorierung gefälschter Schecks beschränkt. c) Dem Scheckkunden, welchem infolge schuldhafter Vernachlässigung seiner Kontrollpflicht der mehrfach erfolgte Mißbrauch von Scheckformularen durch einen ungetreuen Buchhalter verborgen bleibt, ist als Folge dieses Verschuldens auch der Schaden zuzurechnen, welcher dadurch entsteht, daß dieser Buchhalter sich später mittels eines gefälschten Briefes des Prinzipals ein neues Scheckbuch bei der Bank erschwindelt. d) Als ein konkurrierendes Verschulden der Bank ist es bei dem vorliegenden Tatbestande nicht anzusehen: α. daß die Bank die täuschend nachgeahmte Unterschrift des Kunden nicht als gefälscht erkannte, β. daß sie weder mit der unverhältnismäßig großen Anzahl der von dem Buchhalter persönlich präsentierten, an eigene Order des Kunden ausgestellten Schecks noch aus dem gleichzeitigen Gebrauche mehrerer Scheckbücher, noch aus der unregelmäßigen Nummernfolge der bei ihr präsentierten Schecks einen Verdacht herleitete, γ. daß sie den Kunden niemals zur Vornahme der von ihm mit ihrem Wissen vernachlässigten vorgeschriebenen Kontrolle des Kontobuchs angehalten hat.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 293. Durch die Unterzeichnung der im Bankverkehr und in anderen Geschäftszweigen üblichen sog. allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt regelmäßig kein selbständiger Vertrag zustande. Vielmehr

werden dadurch nur im voraus die Bedingungen festgemacht, die für die demnächst zu schließenden Verträge maßgebend sind. Enthält das Formular die schiedsrichterliche Klausel, so ist danach ein Schiedsvertrag noch nicht geschlossen. Der Abschluß des Schiedsvertrags fällt zusammen mit dem Abschlusse des einzelnen, auf Grund der Bedingungen vorgenommenen Geschäfts. Von der Gültigkeit dieses Geschäfts hängt die Gültigkeit des Schiedsvertrags ab.

5. R. **10** Nr. 4021 (Hamburg). Es kommt nicht darauf an, ob eine Partei sich einer Verkehrssitte oder einem Handelsgebrauche hat unterwerfen wollen, wenn nicht diese Absicht beim Vertragsschluß in einer dem Gegner erkennbaren Weise hervorgetreten ist. Auch die Unkenntnis dieser Usance ist ohne Bedeutung.

6. SächsOLG. **31** 251, R. **10** Nr. 4020 (Dresden). Weichen die Bestätigungsbriefe der Parteien zum Teil von einander ab, so gelten auch die nur in einem Briefe behaupteten Vertragsbestimmungen wenigstens dann als genehmigt, wenn die weiteren Verhandlungen diese Bestimmungen unberührt ließe.

II. Erfüllungsort. 1. HansGZ. **10** Hauptbl. 192 (Hamburg). Hat der Verkäufer dem Käufer einen Katalog mit besonderen Bedingungen übersandt und ihn auf diese — z. B. den Vermerk über den Erfüllungsort — aufmerksam gemacht, hat der Käufer den Empfang des Schreibens und des Katalogs bestätigt und ohne Widerspruch eine Bestellung aufgegeben, so muß er diese Bedingungen und auch den Moment über den Erfüllungsort gegen sich gelten lassen.

2. WürttJ. **22** 15 (Stuttgart). Wenn ein Käufer, der nicht Kaufmann ist, auf ein Bestätigungsschreiben des Verkäufers, welches den Vermerk enthält, Erfüllungsort sei der Ort der Handelsniederlassung des Verkäufers, keine Erklärung abgibt, so ist in dem Stillschweigen noch keine Zustimmung zu sehen.

3. OLG. **19** 393 (Hamburg), PosMSchr. **10** 66 (Königsberg). Die in einem Bestätigungsschreiben enthaltene Abrede, daß ein bestimmter Erfüllungsort benannt wird, wird durch Schweigen des Käufers genehmigt.

4. KGBl. **10** 20 (KG.). Vermerke in den Katalogen über den Erfüllungsort sind für den Kunden, der auf der Grundlage des Katalogs bestellte, nicht bindend.

III. Einzelfragen. 1. R. **10** Nr. 390 (KG.), OLG. **19** 392, 393 (Hamburg). Kaufmännische Bestätigungsschreiben sind für den Vertragsinhalt maßgebend, wenn sie unwidersprochen bleiben. Anfechtung der Unterlassung des Widerspruchs wegen Irrtums — Annahme, daß sie mit der mündlichen Abrede übereinstimmen — ist unzulässig.

2. LeipzZ. **10** 701 (Hamburg). Hat der Käufer einer erheblichen Preisschwankungen unterliegenden, nach dem Vertrage binnen etwa 14 Tagen zu liefernden Ware bei seiner letzten Mahnung erklärt, er verzichte auf die Lieferung, wenn der Verkäufer nun nicht bald liefere, und sodann, obwohl der Verkäufer nicht lieferte, während der nächsten fünf Monate nicht gemahnt, so muß als Vertragswille der Parteien beachtet werden, daß sie beide aus dem Vertrage keine Rechte herleiten wollen.

3. R. **10** Nr. 2900 (Rostock). Das bayr. Vinkulationsgeschäft kann als Handelsgebrauch im Sinne einer stillschweigenden Vereinbarung, die zur Ergänzung und Erläuterung des nicht ausgesprochenen Parteiwillens dient, für den Handelsverkehr mit Federn zwischen Österreich-Ungarn und Norddeutschland nicht anerkannt werden.

4. OLG. **19** 391, R. **10** Nr. 389 (KG.). Beim Kaufe von Möbeln unter dreijähriger Garantie kann der Käufer während dieser Frist nur Beseitigung der Mängel, nicht Wandelung verlangen.

5. (§ 157 BGB.) SächsRpflA. **10** 412, R. **10** Nr. 3450 (Dresden). Der Verkäufer von Getreide bleibt nach Handelsbrauch zur Lieferung verpflichtet, auch wenn der Käufer die ihm obliegende Einsendung von Säcken nicht rechtzeitig vornimmt.

B. Bedeutung einzelner Klauseln. Über die cif-Klausel s. zu § 373 Ziff. I 2. (§ 462 BGB.) 1. **RG. 73** 258, JW. **10** 469, R. **10** Nr. 1724. Das Wesentliche der Arbitrageklausel besteht darin, daß der Käufer auch eine mangelhafte Ware annehmen muß und im Falle der Mangelhaftigkeit unter Ausschluß der sonst sich aus der Gewährleistungspflicht ergebenden Rechte einen Anspruch auf Minderung des Kaufpreises nach Maßgabe der Schätzung von Gutachtern hat. Verweigert der Käufer trotzdem die Annahme, so kommt er, obwohl die ihm angebotene Ware mangelhaft ist, in Annahmeverzug, und der Verkäufer ist zum Selbsthilfeverkaufe berechtigt.

2. OLG. **19** 394, R. **10** Nr. 392 (Hamburg). Die Bestimmung „fob Fiume Februar 1907" bedeutet, daß der Verkäufer die Ware so zeitig zu liefern hatte, daß sie im Februar in Fiume verladen werden konnte.

3. SächsOLG. **31** 72, R. **10** Nr. 4018. Die auf den Schlußschein gedruckte Bestimmung „Preise sind unverbindlich" bedeutet, daß der Käufer den vereinbarten Preis beim Steigen des Marktpreises während der Lieferfrist auf den jeweiligen Marktpreis erhöhen muß.

4. SächsOLG. **31** 238, R. **10** Nr. 4019 (Dresden). Die Klausel „lieferbar **transito** ab Freihafen Hamburg" beim Rumhandel bedeutet, daß der deutsche Eingangszoll vom Käufer zu tragen ist, berechtigt den Käufer aber nicht, die verzollt gesandte Ware zurückzuweisen.

5. MecklZ. **28** 397 (Rostock). Die Bestimmung, daß frei Waggon Hamburg-Kai zu liefern ist, bedeutet, daß die Ware durch den Käufer am Hafenkai in Hamburg als dem Bestimmungsort abgenommen werden soll.

6. LeipzZ. **10** 702 (Hamburg). Der Verkäufer hat, auch wenn er es übernommen hat, per Schute bei längsseits des Seeschiffs zu liefern, bei einem Platzgeschäft im Zweifel an seinem Geschäftsorte, besonders seinem Lager, zu leisten.

7. OLG. **19** 393, R. **10** Nr. 391 (Hamburg). Die Klausel „Zahlung **netto** Kasse. Beiderseitiger Erfüllungsort Hamburg" berechtigt trotz „der Bestimmung **cif** Dampfer Königsberg" zum Verlangen der Erfüllung Zug um Zug in Hamburg.

§ 347. 1. (§ 676 BGB.) **RG.** BankA. **10** 172/173, ElsLothZ. **35** 321. Der Bankier, welcher einem Kunden Rat bei Ankäufen von Effekten erteilt, kann nicht wegen Verschuldens haftbar gemacht werden, wenn nichts anderes dafür vorgebracht wird, als daß der von dem Bankier erteilte Rat nicht den erhofften finanziellen Erfolg gehabt, sondern zu Verlusten geführt hat. Das hieße dem Bankier das Risiko der von seinen Kundem gemachten Geschäfte aufbürden.

2. (§§ 254, 278, 676 BGB.). **RG.** BankA. **10** 173, ElsLothZ. **35** 321. Ein Bankier haftet für Rat und Empfehlung bei dem Verkaufe von Wertpapieren stets dann, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und seinen Kunden besteht, aus dem sich ohnehin schon eine Verpflichtung zur Anwendung gehöriger Sorgfalt ergibt. Eine bestehende Geschäftsverbindung ist nur ein Umstand, welcher den Beklagten zu besonderer Sorgfalt verpflichtet (**RG. 42** 130), die Schadensersatzpflicht des Bankiers ist von einer vorhergegangenen Geschäftsverbindung unabhängig. Für die Ratserteilung und Empfehlung durch einen Prokuristen oder Agenten haftet der Bankier wie für seine eigene.

3. **RG.** SeuffBl. **10** 711 ff., JW. **10** 243, SchlHolstAnz. **10** 89 ff., BayRpflZ. **10** 215, DJZ. **10** 705, R. **10** Nr. 1000. Ein Kaufmann, welcher durch unvorsichtige Aufbewahrung seines Faksimilestempels dessen Mißbrauch durch einen ungetreuen Angestellten ermöglicht, macht sich einem hierdurch geschädigten Dritten nur dann schadensersatzpflichtig, wenn zwischen ihm und dem Dritten eine dauernde regelmäßige Geschäftsverbindung bestand. Diese stellt an sich zwar nur ein zufälliges Nebeneinander von Geschäften dar, erzeugt aber doch durch die häufige geschäftliche Berührung und die Erkenntnis der für beide Teile daraus

erwachsenden Vorteile ein Vertrauensverhältnis, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in höherem Maße als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Aus einer dauernden regelmäßigen Geschäftsverbindung dieser Art wird in der Rechtsprechung die Haftung des Kaufmanns für eine fahrlässig erteilte falsche Auskunft mit Recht hergeleitet (**RG. 27** 221, JW. **03** 151 Nr. 7, **07** 363; desgleichen R. **07** Nr. 1431). Daraus läßt sich eine Haftung des Kaufmanns aus der Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB.) auch für einen Mißbrauch der Firmenunterschrift, den der Kaufmann durch ein unvorsichtiges Geschäftsverfahren herbeigeführt und begünstigt hat, einem Dritten gegenüber, mit dem er in regelmäßigem dauernden Geschäftsverkehre verbunden ist (**RG. 65** 13), folgern.

§ 348. RG. HoldheimsMSchr. **10** 293, R. **10** Nr. 778. Wenn ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft gegen eine Abfindungssumme aus der Gesellschaft austritt und sich hierbei seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, bei Vermeidung einer Konventionalstrafe ein Wettbewerbsverbot innezuhalten, so hat er die Vertragsstrafe noch im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen; denn der Auseinandersetzungsvertrag ist als der letzte Akt der Gesellschafter in ihrem Gewerbebetrieb aufzufassen.

§ 351. RG. HoldheimsMSchr. **10** 292. Der Kaufmann, welcher die Bestimmung des § 351 HGB. für sich geltend macht, hat sie zu beweisen.

§ 354. RG. HoldheimsMSchr. **10** 159. Auch unentgeltliche Dienstleistungen (Gefälligkeitshandlungen) eines Kaufmanns können als in Ausübung seines Handelsgewerbes erfolgt angesehen werden.

§ 355. (Vgl. BGB. §§ 765, 766, 774.) I. *R o t h, Über das Verhältns zwischen Gläubiger und Bürgen bei dem Konkurrenzgeschäfte, LeipzZ. **10** 355 ff. Wird die mit Wirkung für die Bürgschaft für einen in laufender Rechnung zu gewährenden Kredit festgesetzte Höchstsumme im Laufe des Kontokorrentverhältnisses überschritten, so bleibt gleichwohl bis zur Ziehung des Schlußsaldos das Kontokorrentverhältnis auch in Ansehung der Haftung des Bürgen ein einheitliches. Erst mit der Ziehung des Schlußsaldos entstehen eine verbürgte und eine unverbürgte Forderung des Gläubigers, und erst solche Zahlungen, die nach diesem Zeitpunkte gemacht werden, sind gemäß § 366 BGB. im Zweifel zunächst auf den unverbürgten Teil der Saldoforderung zu verrechnen, während andere vorher erfolgende ohne jede Unterscheidung gutzubringen sind. Soll der Kredit in laufender Rechnung gewährt werden, so ist die Kreditgewährung zum Kontokorrentverhältnis in so enge Beziehungen gesetzt, daß das Kreditgewährungsverhältnis in allen Phasen seiner Existenz, auch in der Beendigung, dem Kontokorrentverhältnisse folgt. Deshalb ist, wenn nichts anderes vereinbart oder aus dem Parteiwillen zu entnehmen ist, der aus der Kreditgewährung geschuldete Betrag mit der Beendigung des Kontokorrentverhältnisses, in dubio nach fristloser Kündigung, zur Zahlung fällig. S. a. BGB. § 765 Ziff. 5 a, § 766 Ziff. 1 a, 3 a, § 774 Ziff. 1.

II. R e c h t s p r e c h u n g. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 407. Gegenseitige Kreditgewährung ist für ein Kontokorrentverhältnis im Sinne von § 355 nicht erforderlich.

§ 356. *R o t h, LeipzZ. **10** 355 ff. Ist für eine einzelne in die laufende Rechnung eingestellte Forderung eine Sicherheit bestellt, so wird nach dem Willen des Gesetzgebers die Haftung der Sicherheit auf die schließliche, bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses gefundene Saldoforderung in Höhe der untergegangenen Forderung übertragen. Die Annahme des Reichsgerichts, daß die Sicherheit schließlich nur in Höhe des niedrigsten bis zur Beendigung des Kontokorrentverhältnisses gezogenen Saldos in Anspruch genommen werden kann (LeipzZ. 08 158), schaltet den Zweckmäßigkeitsgedanken, dem zu Liebe der Gesetzgeber die logische Folge, daß durch den in der Ziehung des Saldos herbeigeführten Unter-

gang der ursprünglichen Forderung auch die Haftung der für sie bestellten Sicherheit fortfalle, um der vom Gesetzgeber bewußt beiseite gesetzten logischen Folgerichtigkeit willen zu einem erheblichen Teile grundlos wieder aus.

§ 358. OLG. **20** 137 (Darmstadt). Bei einseitigen sowohl wie bei zweiseitigen Handelsgeschäften kann auch § 358 nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit erfüllt werden. Maßgebend ist, ob auf seiten des Gegners, von dem die Annahme oder Bewirkung einer Leistung verlangt wird, ein Handelsgeschäft vorliegt, und entscheidend ist die Übung in dem Geschäftszweige des Gegners.

§ 362. *Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329. (381, 384) Schweigen gilt nicht als Annahme, wenn Umstände vorliegen, die einen gegenteiligen Willen des Antragempfängers ergeben; so auch **ROHG. 5** 170. Eine Anfechtung wegen Irrtums oder auch wegen Unkenntnis der Bedeutung des Schweigens findet nicht statt.

§ 369. I. *Schwabe, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht usw., JheringsJ. **58** 303 ff.; vgl. a. u. zu § 371 und BGB. §§ 273, Ziff. 1c, 274, 1213. Eine die Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ausschließende „Anweisung" liegt stets vor, wenn die Besitzübertragung auf den Gläubiger zum Zwecke der Rückgabe an den Schuldner oder der Weitergabe an einen Dritten erfolgt ist. Außerdem aber greift § 369 Abs. 3 dann ein, wenn die Verpflichtung des Gläubigers, die Sache nach Erledigung des anderweitigen, primären Zweckes der Übergabe dem Schuldner zurückzugeben oder weiterzugeben, nicht bloß aus dem der Übergabe zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zu entnehmen ist, sondern noch eine besondere Anweisung zur Rückgabe oder Weitergabe nach Erreichung des primären Zweckes des Besitzüberganges seitens des Schuldners vor oder bei der Übergabe erteilt ist. Daher ist die Zurückhaltung dem Gläubiger zu Erfüllungszwecken angebotener Waren und Wertpapiere prinzipiell zulässig, dann aber ausgeschlossen, wenn der Schuldner vor oder bei der Übergabe eine besondere abweichende Anweisung für den Fall der Nichtannahme seines Angebots erteilt hat. Auch Rimessen sind geeignete Gegenstände des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (307). Dagegen gibt es kein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an Wechseln, die lediglich der Schuldner unterschrieben hat, da diese dem Gläubiger im Gegensatze zu den Rimessen, welche ihm wechselmäßige Ansprüche gegen die Vormänner seines Schuldners verschaffen, keinerlei Sicherung seiner Forderung gewähren, ihre Zurückhaltung ihm insbesondere auch nicht die Möglichkeit geben würde, im Wege der Wechselklage vorzugehen. Eine Ausnahme gilt nur für solche vom Schuldner unterschriebene Wechsel, die einen Kurswert haben — Wechsel in fremder Währung auf ausländische Plätze —, da hier ein Verkauf des Papiers nach § 1295 BGB. erfolgen kann (308 ff.). Der sein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht ausübende Gläubiger ist seinem Schuldner gegenüber verpflichtet, die zur Erhaltung der Pfandsache in ihrem wirtschaftlichen Bestand unerläßlich notwendigen Verwendungen, deren Ersatz ihm das Gesetz sichert, aufzuwenden (314 ff.). Dementsprechend hat der Gläubiger, der einen Wechsel zurückhält, sofern er äußerlich legitimierter Inhaber ist, die Pflicht, die zur Erhaltung des Wechselrechts seines Schuldners nötigen Präsentations- und Protesthandlungen vorzunehmen. Die Unterlassung macht nach § 280 BGB. schadensersatzpflichtig; die Ersatzpflicht setzt jedoch einen wirklichen Vermögensschaden — nicht nur den Verlust des wechselrechtlichen Anspruchs — voraus. Aus der Notwendigkeit rechtzeitiger Präsentation und Protesterhebung ergibt sich, daß der Gläubiger — abweichend von der Regel des § 371 HGB. — schon vor Eintritt seines Befriedigungsrechts zur Einziehung eines zurückgehaltenen Wechsels berechtigt ist (317). Erfolgt die Einziehung vor Erlangung eines vollstreckbaren Titels, so ist der Gläubiger trotz Fälligkeit der die Grundlage des kaufmännischen Zurückbe-

haltungsrechts bildenden Forderung nach Analogie des § 1288 BGB. verpflichtet, den eingezogenen Betrag zu hinterlegen. Den Wechselschuldnern gegenüber kann der Gläubiger — auch wenn er äußerlich legitimierter Inhaber des Wechsels ist — keine weitergehenden Rechte geltend machen, als seinem Schuldner zustehen (318). Gegenüber der Erfüllungsklage des Gläubigers hat der Schuldner, dessen zu Erfüllungszwecken angebotene Waren oder Wertpapiere retiniert werden, seinerseits das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. (319/20). Dadurch, daß der Gläubiger an den ihm angebotenen Waren usw. ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht geltend macht, wird der Erfüllungsort für die Verpflichtungen seines Schuldners nicht beeinflußt (322).

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **10** Hauptbl. 84, R. **10** Nr. 1662 (Hamburg). Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht setzt Eigentum des Schuldners an den zurückbehaltenen Sachen zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts voraus; später erworbenes Eigentum des Schuldners rechtfertigt die Zurückbehaltung nicht, wenn nicht die Voraussetzungen des § 273 BGB. vorliegen.

2. OLG. **19** 395 (Dresden). Die Erklärung des Zurückhaltungsberechtigten, die Waren lagern bei ihm zur Verfügung des neuen Erwerbers, enthält keinen Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht.

§ 371. *Schwabe, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht usw., JheringsJ. **58** 312 f. (vgl. a. o. zu § 369 Ziff. I und den dort ang. Stellen). Abweichend von der Regel des § 371 ist der Gläubiger, der als äußerlich legitimierter Inhaber einen Wechsel seines Schuldners nach § 369 HGB. zurückhält, schon vor Eintritt seines Befriedigungsrechts zur Einziehung des Wechsels berechtigt und unter Umständen auch verpflichtet.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

§ 373. I. 1. Frankenburger, Erfüllungsverzug bei Handelsgeschäften, SeuffBl. **10** 307, 334 ff. (das. auch **09** 725 ff.) behandelt den Verzug des Verkäufers und des Käufers im besonderen, ferner den Verzug durch teilweise Nichterfüllung und den Verzug beim Sukzessivlieferungsgeschäft.

2. Zander, Die Bedeutung der **cif**-Klausel, PosMSchr. **10** 110. Die **cif**-(**cost insurance, freight**) Klausel wird nur bei Kaufgeschäften, die durch den Schiffahrtsverkehr vollzogen werden, angewendet und bedeutet, daß der Verkäufer einer Ware alle Unkosten ihres Transports mit Einschluß der Versicherungsprämie und der Fracht tragen will. Im Verhältnisse zwischen Verkäufer hat der Verkäufer für diese Kosten aufzukommen, wenn sie bei dem Transporte der Ware vom Abladeorte bis zum Bestimmungsort entstanden sind. Alle Kosten, die nach dem Eintreffen der Ware am Bestimmungsort entstehen, gehen zu Lasten des Käufers. Die **cif**-Klausel ändert nichts am gesetzlichen Erfüllungsorte.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **19** 396, R. **10** Nr. 394 (**09** Nr. 1461) (Hamburg). (§ 326 BGB.) Ob der Verkäufer das Recht aus § 373 HGB. oder aus § 326 BGB. beim Selbsthilfeverkauf ausübt, ist Tatfrage.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1503. (§ 326 BGB.) Die Berechnung des Schadens des Verkäufers lediglich als Differenz zwischen dem von dem Käufer geschuldeten Kaufpreis und dem Erlöse eines von dem Verkäufer vorgenommenen Selbsthilfeverkaufs (§ 373 HGB.) ist nicht zulässig, wenn es sich um einen Anspruch aus unberechtigtem Rücktritte wegen positiver Vertragsverletzung handelt.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2078. Auf die Beobachtung der Formen des § 373 HGB. kommt es nicht an, wenn der konkrete Schaden durch anderweiten Verkauf der Ware liquidiert werden soll. Denn der Selbsthilfeverkauf ist hier anders als beim Selbsthilfeverkauf infolge Annahmeverzugs des Käufers, nur ein Element des nach § 287 ZPO. zu würdigenden Schadensanspruchs.

4. BadRpr. **10** 114 (Karlsruhe). (§§ 326, 433 BGB.) Der hier fragliche Selbsthilfeverkauf steht nicht wie der des § 373 HGB. unter festen Normen und Regeln. Der Schadensersatzberechtigte ist nur zu angemessenem Verhalten in betreff der Vornahme des Verkaufs verpflichtet. Es genügt, daß der Verkäufer mit gehöriger Sorgfalt verfährt, nicht gegen Treu und Glauben verstößt, auch das Interesse des säumigen Verkäufers nicht außer acht läßt. Bei Prüfung der Beanstandung gegen die Ordnungsmäßigkeit des Verkaufs wie über die Höhe des Ausfalls entscheidet das freie richterliche Ermessen nach § 287 StPO. (Staub, Anm. 30 zu § 374.

5. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 119, R. **10** Nr. 2079. (§ 297 BGB.) Zu einem Selbsthilfeverkauf nach § 373 BGB. gehört Annahmeverzug des Käufers. Dieser liegt nicht vor, wenn der Verkäufer außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Bei dem Anspruche des Verkäufers auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung des Käufers kommt es nicht auf die Beobachtung der Vorschriften des § 373 an, wenn der konkrete Schaden durch anderweiten Verkauf der Ware liquidiert wird.

6. **RG.** JW. **10** 299 [36], LeipzZ. **4** 554, HoldheimsMSchr. **10** 118. (§ 383 BGB.) Im § 373 HGB. ist zwar die öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Daß sie aber erfolgen muß, ergibt sich auch abgesehen von § 383 Abs. 3 Satz 2 BGB., der eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht enthält, schon aus dem Begriffe der Öffentlichkeit der Versteigerung. Sind die Selbsthilfeverkäufe des Verkäufers unter Verstoß gegen § 373 HGB. vorgenommen, so geht der Verkauf nicht auf Rechnung des Käufers.

7. RheinA. **106** I 151 (Düsseldorf). Handelsmäkler sind seit dem 1. 1. 00 nicht mehr zur Vornahme öffentlicher Versteigerungen befugt (§ 36 GO., § 34 BörsG. 22. 6. 1896 in der Fassung des Art. 14 EGHGB. n. F., Art. 32 PrFGG. 21. 9. 99). Die Bestimmung im § 3 Nr. 9 PrEGHGB. a. F., wonach die zur Vermittelung von Kaufgeschäften über Waren, Schiffe oder Handelspapiere bestellten Handelsmäkler zugleich die Befugnis hatten, öffentliche Versteigerungen solcher Gegenstände abzuhalten, ist mit dem ganzen PrEGHGB. a. F. durch Art. 8 PrAGHGB. a. F. v. 24. 9. 1899, GS. 303, aufgehoben worden. Die Vorschrift des Art. 13 AGBGB. v. 20. 9. 99, daß die öffentliche Ermächtigung vom Handelsmäkler zu Verkäufen oder Käufen für gewisse Fälle durch die Handelskammer oder kaufmännische Körperschaft, im übrigen durch den Regierungspräsidenten erteilt werde, bezieht sich der Begründung zufolge nur auf die zum Verkauf aus freier Hand öffentlich ermächtigten Handelsmäkler.

8. HansGZ. **10** Hauptbl. 102, LeipzZ. **10** 568 (Hamburg). Der Verkäufer hat die Benachrichtigung des Käufers von Ort und Zeit des Selbsthilfeverkaufs rechtzeitig abzusenden. Der Käufer trägt aber die Gefahr der Verspätung oder des Verlustes der Anzeige.

9. LeipzZ. **10** 578, R. **10** Nr. 3269 (Hamburg). Die im § 373 Abs. 5 HGB. vorgeschriebene Benachrichtigung von Selbsthilfeverkauf ist nicht Willenserklärung. Sie braucht dem Adressaten nicht zugegangen zu sein. Absendung genügt.

§ 374. KGBl. **10** 10 (KG.). Die Verkaufsandrohung kann mit der Aufforderung zum Abruf erfolgen. Die Androhung muß so zeitig erfolgen, daß der Käufer prüfen kann, ob er die Ware noch annehmen wolle, daß dem Käufer die Möglichkeit geboten werde, die Ware, sowie es seinen Bedürfnissen entspricht, noch abzunehmen, ist nicht erforderlich.

§ 375. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 628, HoldheimsMSchr. **10** 295, R. **10** Nr. 1823. In einem über einen Spezifikationskauf geführten Rechtsstreit ist der Prozeßbevollmächtigte des Klägers ohne weiteres zur Abgabe, der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten ohne weiteres zur Entgegennahme der Spezifikationserklärung legiti=

miert. Der Verzug des Käufers mit der ihm obliegenden Spezifikation der Ware ist Schuldner-, nicht Gläubigerverzug.

2. OLG. **19** 398, R. **10** Nr. 395 (KG.). Läßt sich der Verkäufer nach Fristsetzung und eigener Spezifikation auf teilweise Spezifikation des Käufers ein, so wird seine Spezifikation gegenstandslos.

§ 376. I. *Heuer, HansGZ. **10** Hptbl. 265 f. Ist bei Kaufverträgen im überseeischen Handelsverkehr Abladung binnen bestimmter Frist vereinbart, so ist nach allgemeinem Handelsgebrauch und anerkannter Gerichtspraxis der Käufer zur Annahme nicht fristgemäß abgeladener Ware nicht verpflichtet. Dies läßt sich nicht mit einem Rechte zur Wandelung des Kaufes wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften begründen, da die Eigenschaft der Ware durch die Zeit der Abladung an sich nicht berührt wird, sondern nur durch entsprechende Anwendung der Vorschriften über Fixgeschäfte. Dem Käufer stehen daher die aus § 376 HGB. sich ergebenden Rechte zu. Ist bei solchen Verträgen „Kassa gegen Konnossement" zu zahlen, so hat der Verkäufer die Wahrung der Abladefrist durch rechtzeitiges Datum des dem Käufer zur Einlösung präsentierten Konnossements nachzuweisen. Ist das Konnossement gemäß § 642 Abs. 4 und 5 HGB. auf Grund der bloßen Übernahme zur Beförderung und statt vom Kapitäne von einem anderen Vertreter des Reeders gezeichnet, so muß zwecks Wahrung der Abladefrist mindestens verlangt werden, daß am Datum der Zeichnung die Ware von seiten des betreffenden Schiffes übernommen ist.

II. Rechtsprechung. 1. (§§ 280 ff. BGB.) **RG.** JW. **10** 948, BankA. **10** 139. Hat der Käufer eine marktgängige Ware weiter verkauft, so kann er bei Nichterfüllung des Kaufvertrags durch den Verkäufer als konkreten Schaden nur den Unterschied zwischen dem Kaufpreis und demjenigen Preise, zu dem die rechtzeitige Eindeckung möglich gewesen wäre, fordern, nicht aber außerdem denjenigen Schaden, welchen er wegen Lieferungsverzugs dem zweiten Käufer zu vergüten genötigt war.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 140. Eine Vertragsbestimmung, wonach schnellmöglichst geliefert werden soll, aber ein bestimmter Termin nicht vereinbart ist, begründet niemals ein Fixgeschäft im Sinne des § 376 HGB.

3. ElsLothJZ. **35** 292 (Colmar). Bei einer Lieferfrist von zirka 3 Wochen kann von einem Fixgeschäfte keine Rede sein Eine mäßige Überschreitung kann weder die Einwendung der §§ 326, 361 BGB., noch die des § 376 HGB. begründen.

4. OLG. **19** 399, R. **10** 396 (KG.). Die festbestimmte Zeit der Leistung kann auf zukünftige Ereignisse in der Weise abgestellt werden, daß durch deren Eintritt sich die Zeit kalendermäßig bestimmen läßt (z. B. Lieferung der Drucke innerhalb 14 Tagen nach Empfang der Photographien).

5. SächsRpflA. **10** 71 (Dresden). Die Abrede, daß die gekaufte Kuh am dritten, spätestens am vierten Tage nach dem Kalben vom Käufer abgeholt werden müsse, enthält unter Umständen ein Fixgeschäft.

§ 377. I. Ablieferung und Untersuchung der Ware. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 93, R. **10** Nr. 782. Ablieferung ist nach feststehender Rechtsprechung der Akt, durch den der Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt und sie in die Verfügungsgewalt des Käufers oder seines Bevollmächtigten gelangt. Die Empfangnahme der Ware durch den Spediteur des Käufers bedeutet die Ablieferung der Ware an den Käufer und zieht die Untersuchungspflicht am Orte der Empfangnahme nach sich, wenn nicht besondere Umstände vorliegen.

2. **RG.** JW. **10** 155 Nr. 24, R. **10** Nr. 780. Erfolgt die Lieferung in einzelnen sich auf wenige Tage verteilenden Sendungen, so beginnt für jede einzelne Sendung nur dann eine besondere Rügefrist, wenn ein aus wirklichen Teillieferungen sich zusammensetzendes Sukzessivlieferungsgeschäft vorliegt (**RG. 43** 64); anderen-

falls beginnt für die ganze gelieferte Menge die Rügefrist erst mit der Ablieferung des letzten Teiles zu laufen.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 44, ElsLothJZ. **35** 105. Der Käufer muß die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ohne Verzug untersuchen, wie es die Zweckbestimmung der Untersuchung und die Verkehrsübung des Handelsstandes fordern. Eine nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunliche Untersuchung muß vorgenommen werden, auch wenn sie in dem einzelnen Geschäftszweige nicht üblich ist.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 65. Daß die von dem Käufer mit der Empfangnahme betraute Person zur Untersuchung und Genehmigung der Ware nicht ermächtigt ist, steht der „Ablieferung" und dem Eintritte der damit verbundenen Rechtsfolgen nicht entgegen.

5. **RG.** R. **10** Nr. 1824. Für die Anwendbarkeit des § 377 HGB. kommt es nicht darauf an, ob der Kaufmann, der eine mangelhafte Ware geliefert erhalten hat, den Mangel persönlich auch seinerseits erkennt und ob er die zu einer solchen Erkenntnis erforderlichen Kenntnisse besitzt, sondern darauf, ob für diejenigen Personen, welche Handel mit der in Frage kommenden Ware treiben, bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt gegebenenfalls unter Benutzung der in den einzelnen Geschäftszweigen üblichen Hilfsmittel der Mangel als Mangel der gelieferten Ware erkennbar war.

6. **RG.** R. **10** Nr. 1298. Die Vereinbarung, daß Reklamationen nur innerhalb 14 Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt werden können, gibt dem Käufer eine Anzeigefrist von vollen 14 Tagen auch für sofort entdeckte Mängel. Bei Untersuchungshindernissen, welche der Verkäufer verschuldet hat, verlängert sich die Frist um die der Untersuchung entzogene Zeit.

7. (§ 381 Abs. 2 HGB., § 477 BGB.) **RG.** JW. **10** 117. Auch wenn über die Verjährungsfrist hinaus Garantie geleistet worden ist, bleibt die Verpflichtung des Käufers nach § 377, die Ware unverzüglich zu untersuchen und die etwaigen Mängel anzuzeigen, bestehen.

8. (§ 242 BGB.) **RG.** R. **10** Nr. 4022. Verarbeitet der Käufer die empfangene Ware ganz oder zu einem erheblichen Teile, obschon ihre Untersuchung auf vorhandene Mängel durch Verarbeitung einer geringeren Menge der Ware angängig ist, so liegt darin eine Genehmigung der Ware, welche die Geltendmachung der bei der Verarbeitung hervorgetretenen Mängel besonders der Forderung des Kaufpreis s gegenüber ausschließt.

9. SchlHolstAnz. **10** 74 (Kiel). Auch wenn § 377 HGB. nicht anzuwenden ist, ist nach Treu und Glauben in der Abnahme einer Ware und deren unbeanstandetem Behalten während eines längeren Zeitraums eine Genehmigung zu sehen.

10. SächsRpflA. **10** 411 (Dresden). Bei der Lieferung von Garn genügt der Käufer seiner Untersuchungspflicht nur durch Verarbeitung einer Probe.

11. OLG. **19** 399, R. **10** Nr. 397 (Hamburg). Im Kahne ankommende, in Exportfässern verpackte, zum Exporte bestimmte Ware ist erst nach der Ankunft am Bestimmungsorte zu untersuchen.

12. (§ 459 BGB.) OLG. **19** 400, R. **10** Nr. 398 (Hamburg). Mängel der Verpackung und Markierung, die mit geringem Kostenaufwande zu beseitigen sind, berechtigen den Käufer nicht, die Erfüllung des ganzen Vertrags abzulehnen.

13. HansGZ. **10** Hptbl. 68 (Hamburg). Ein Handelsgebrauch, der nach der Untersuchung der Ware selbst durch Untersuchung von Ausfallmustern ersetzt wird, ist zu beachten. Stellen sich bei der späteren Untersuchung der Ware selbst im Gegensatze zu den Ausfallmustern, Mängel heraus, so ist die an sich verspätete Rüge noch zulässig.

14. R. **10** Nr. 779 (Colmar). Unter einem Ausfallmuster versteht man, je nachdem es sich um eine bereits hergestellte oder um eine noch herzustellende Ware handelt, entweder eine Probe, die aus einer bereits vorhandenen Ware entnommen ist, oder ein solches probeweise hergestelltes Stück der Ware, aus dem die Beschaffenheit der künftig herzustellenden Ware erkannt werden kann.

15. **RG.** R. **10** Nr. 1001. Der Käufer hat darzulegen und nötigenfalls zu beweisen, daß er die zur Erhaltung des Rügerechts im § 377 HGB. gegebenen Vorschriften erfüllt hat.

II. Mängelrüge (Form, Rechtzeitigkeit, Verzicht auf Fehler der Anzeige). 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 92, ElsLothJZ. **35** 322, R. **10** Nr. 1002. Genügt zur Rüge eine briefliche Mitteilung, so kann eine etwaige Verspätung durch Benutzung des Telegraphen eingeholt werden, wenn auf diese Weise die Anzeige ebenso früh an den Verkäufer gelangt wie ein rechtzeitig abgesandter Brief. Ob briefliche Rüge genügt oder ob durch Telegramm zu rügen ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Das Gesetz gibt keine Vorschrift über das bei der Erstattung der Anzeige zu wählende Beförderungsmittel. In der Regel wird deshalb briefliche Mitteilung für genügend zu erachten sein. Besondere Umstände können aber auch die Notwendigkeit rechtfertigen, daß der im neuzeitlichen Geschäftsverkehre bei eiligen Mitteilungen in weitem Umfange verwendete Telegraph benutzt wird.

2. **RG. 73** 391, HansGZ. **10** Hptbl. 198, HoldheimsMSchr. **10** 253, R. **10** Nr. 2291. Die Frist für die Mängelrüge beginnt erst mit dem Augenblicke der Ablieferung. Ist dem Käufer schon vorher zeitweilig das Konnossement überlassen worden, um ihm eine Untersuchung der Ware zu ermöglichen, so hindert dies nicht, daß auch in solchem Falle die Folgen der Nichtrüge erst eintreten, wenn auch nach der demnächstigen Ablieferung nicht rechtzeitig gerügt wird (R. **04** 83, **09** Nr. 1807, 3008).

3. **RG. 73** 168, LeipzZ. **10** 460, R. **10** Nr. 576; vgl. **RG.** JW. **10** 483 Nr. 31. Bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge ist davon auszugehen, daß der Käufer keine Zeit verstreichen lassen darf, die bei objektiv ordnungsmäßigem Geschäftsgang als unbegründeter Verzug erscheint. Damit ist gesagt, daß nicht der Geschäftsgang, wie er etwa bei dem Käufer allein hergebracht ist, maßgebend sein kann, und auch, daß der Käufer wegen der Untersuchung nicht ohne weiteres jede andere, selbst dringende Geschäftstätigkeit einzustellen hat, sondern daß die Zeit, zu der die Mängelanzeige gemäß § 377 zu erfolgen hat, nach der vernünftigen Abwägung der konkreten Umstände und unter Berücksichtigung des ordnungsmäßigen kaufmännischen Geschäftsganges zu bestimmen ist. Für die Anwendbarkeit des § 377 HGB. ist entscheidend, ob der Mangel sich zeigt, ob er erkennbar ist. Es kommt mithin nicht darauf an, ob der Kaufmann, der eine mangelhafte Ware geliefert erhalten hat, den Mangel persönlich auch seinerseits erkennt und ob er die zu einer solchen Erkenntnis erforderlichen Kenntnisse besitzt, sondern darauf, ob für diejenigen Personen, die Handel mit der in Frage kommenden Ware treiben, bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt (gegebenenfalls noch unter Benutzung der in den einzelnen Geschäftszweigen üblichen Hilfsmittel) der Mangel, der sich zeigte, als Mangel der gelieferten Ware erkennbar war.

4. **RG.** R. **10** Nr. 781. Die für die Bemessung der Rügefrist maßgebende Entscheidung, ob der Käufer von Malzgerste, d. i. Gerste mit 95 pCt. Keimfähigkeit, sich bei der Untersuchung der Keimfähigkeit mit der Keimprobe im kleinen (Laboratoriumsprobe) zu begnügen hat oder ob er die längere Zeit erfordernde Vermälzungsprobe vornehmen darf, hängt davon ab, welche Untersuchungsart mit Rücksicht auf den Zweck, den die Untersuchung im konkreten Falle zu dienen hatte, ein hinreichend zuverlässiges Urteil über die Mustermäßigkeit der Ware gestattet.

5. PosMSchr. **10** 43 (Königsberg). Die Mangelhaftigkeit der Verladung braucht gegenüber dem Verkäufer, welcher sie ausgeführt hat, nicht sofort gerügt zu werden.

6. HansGZ. **10** Hptbl. 48 (Hamburg). Eine Mängelanzeige, die Ware sei zum größten Teile beschädigt, ist bestimmt genug, da sie z. B. im Handel mit Häuten einen nach der Verkehrssitte bestimmten Mangel (haarlassend) bedeutet.

7. **RG.** LeipzZ. **10** 472. Wenn der Verkäufer sich ohne Vorbehalt bereit erklärt, selbst ohne daß er die Vertragswidrigkeit der Ware anerkennt, die angeblich mangelhafte Ware zurückzunehmen und für die Ware, die er für den Käufer noch auf Lager hat, einen anderen Käufer im eigenen Lande zu suchen, so liegt darin ein Verzicht auf die Rechte, aus einer etwaigen Verspätung oder sonstigen Fehler der Mängelrüge.

8. SächsRpflA. **10** 411, R. **10** Nr. 3653 (Dresden). Verzicht auf die Geltendmachung der Verspätung der Mängelrüge ist möglich und liegt in der ausdrücklichen Beschränkung des Verspätungseinwandes auf frühere Lieferungen und dem materiellen Eingehen auf die verspätete Rüge.

§ 378. PosMSchr. **10** 37 (Posen). Infolge einer verspäteten Mankoanzeige verliert der Käufer nur das Recht, entweder Nachlieferung zu verlangen oder die Lieferung überhaupt wegen Unvollständigkeit abzulehnen und Schadensersatz zu fordern. Dagegen braucht er die fehlende Menge nicht zu bezahlen, sondern nur das wirklich Gelieferte.

§ 379. R. **10** Nr. 4180 (Stuttgart). Der Käufer, der einen rechtmäßigen Notverkauf vornimmt, kann nicht nachträglich unter Aufgabe seines bisherigen Standpunkts Preisminderung verlangen. Der berechtigte Notverkauf geht auf Namen und Rechnung des Verkäufers und bewirkt, daß dieser ein unentziehbares Recht auf den Erlös erlangt, während eine Ware, welche der Käufer nachträglich als Erfüllung annehmen könnte, nach der Versteigerung nicht mehr vorhanden ist. Dadurch ist die Zurückweisung der Ware zu einer endgültigen und unabänderlichen geworden, und der Käufer kann nicht mehr die Behandlung für sich beanspruchen, als habe er die Ware angenommen. Wollte man ihm dies gestatten, sa wäre er in der Lage, auf Kosten des Verkäufers zu spekulieren, indem er je nach dem mehr oder weniger günstigen Ausfalle der Versteigerung den Erlös für sich behalten und diesen mindern oder aber bei der früheren Zurückweisung stehen bleiben könnte.

§ 381. 1. (§ 459 BGB.) **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 64. Der Kurs, Wert oder Preis eines Wertpapiers ist keine Sacheigenschaft im Sinne der ersten Alternative des § 459 Abs. 1 BGB. Ob Zusicherungen über Güte und Wert von Inhaberpapieren oder des Unternehmens, worauf sie sich beziehen, von dem Zusichernden nach Gewährleistungsgrundsätzen zu vertreten sind oder das Fehlen solcher zugesicherten Eigenschaften als Mangel im Rechte erscheint, ist zweifelhaft (für erstere Ansicht **RG. 59** 241, für diese **RG. 63** 61). S. a. zu BGB. §§ 459 ff. II Ziff. 1.

2. (§§ 651, 638, 639 BGB.) **RG.** JW. **10** 659, R. **10** Nr. 3655. Für die im § 381 Abs. 2 HGB. bezeichneten Wertlieferungsverträge sind in betreff der Verjährung der Gewährleistungsansprüche die Vorschriften der §§ 638, 639 BGB., nicht die für den Kauf geltenden Verjährungsvorschriften anwendbar.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1443. Dadurch, daß der Kommissionär zum Kommittenten in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht, wird das Wesen des Kommissionsverhältnisses nicht berührt.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1442. Zu dem Begriffe der Gewerbsmäßigkeit genügt, daß der Kommissionär den Zweck verfolgt, mit den Geschäften eine dauernde Einnahme zu erzielen. Welcher Art die Einnahme ist, ist für das Wesen des Kommissionsverhältnisses gleichgültig.

3. OLG. **19** 401, R. **10** Nr. 399 (Rostock). Dem Kommissionär steht nach Ablehnung seiner Dienste durch den Kommittenten nur ein Anspruch auf die Vergütung, nicht auch auf die Annahme seiner Dienste zu.

4. **RG.** R. **10** Nr. 1663. Vereinbarungen, wie sie bei dem eigentlichen Vinkulationsgeschäfte zwischen dem Käufer und einem für den Verkäufer eintretenden Dritten getroffen oder von letzterem vorgeschlagen werden (**RG. 54** 213, Holdheims MSchr. **17** 212, LeipzZ. **08** 309), können auch zwischen einem Verkaufskommissionär und einem sich auf den Kommittenten beziehenden Dritten getroffen oder von diesem vorgeschlagen werden.

5. (§§ 384, 400.) LeipzZ. **10** 167 ff. (Dresden). Der Bankier, welcher als Kommissionär für einen Kunden Kuxe kauft, haftet diesem nicht für unrichtige Begutachtung der Spekulationsaussichten eines Wertpapiers, wenn der Kunde weiß, daß es sich bei diesen Kuxen um ein Spekulationspapier handelt, dessen Ankauf in der Bedeutung einer sicheren Geldanlage nicht in Frage kommt.

§ 384. SächsOLG. **31** 429, LeipzZ. **10** 171 (Dresden). Der Einkaufskommissionär braucht nicht die vom Kommittenten zurückgewiesene Kaufsache zur Vermeidung einer Schädigung zum Verkaufe zu bringen, wenn ein Sinken des Wertes zu befürchten oder die Aufwendung besonderer Kosten zu dessen Erhaltung nötig ist.

§ 392. Abs. 2. *Regelsberger, JheringsJ. **58** 167. Auch eine kommissionsweise erworbene Sache wird im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär als dem Vermögen des Kommittenten zugehörig behandelt.

§ 396. SeuffBl. **10** 689 (Stuttgart). Dem Kommissionär steht nicht das Recht zu, den Kommissionsvertrag zu kündigen; denn der Kommissionsvertrag ist ein Werkvertrag, kein Dienstvertrag; bei diesem besteht aber kein Kündigungsrecht des Unternehmers, wenn es ihm nicht durch Vertrag eingeräumt ist.

§ 397. (§§ 15, 17, 49 KO.) OLG. **19** 402, R. **10** Nr. 400 (Marienwerder). Der Kommissionär erwirbt an den erst nach der Konkurseröffnung in seinen Besitz gelangten Gegenständen des Kommittenten ein Pfandrecht, wenn der Konkursverwalter das Geschäftsverhältnis mit dem Kommittenten einstweilen fortsetzt.

§ 400. I. 1. Nußbaum, Über Prämiengeschäfte zwischen Bankier und Kunden, HoldheimsMSchr. **10** 1 ff., behandelt 7 ff. den Selbsteintritt des Kommissionärs bei Prämiengeschäften. Bei wörtlicher Auslegung des § 400 HGB. würde der Selbsteintritt bei Prämiengeschäften fast immer zulässig sein, da die Wertpapiere, über die Prämiengeschäfte geschlossen werden, fast durchweg amtlich notiert werden. Jedoch kommt es darauf an, ob diese amtliche Notiz sich auf die besondere Geschäftsform erstreckt, auf welche der Kommissionsauftrag lautet. Prämiengeschäfte werden amtlich überhaupt nicht notiert, und daraus folgt, daß der Selbsteintritt bei Prämiengeschäften grundsätzlich unzulässig ist. Die Zulässigkeit des Selbsteintritts kann aber, wenn eine amtliche Notiz fehlt, besonders ausbedungen werden. In solchen Fällen ist der Kommittent vollständig auf die Zuverlässigkeit seines Kommissionärs angewiesen. Der Verf. erörtert dann die Rechtsstellung der sog. bucket shops, welche alle Abschlüsse nur als Eigenhändler (nicht Selbstkontrahenten) machen und gegenüber ihrem Kunden dann nicht als Kommissionäre, sondern als Käufer und Verkäufer auftreten. Solche Eigenhändlerklauseln widersprechen Treu und Glauben, wenn der Bankier bei dem Geschäfte die Interessen des Kunden wahrnehmen und der Preis durch die objektive Marktlage bestimmt werden soll. Man kann das Prämiengeschäft auch deshalb nicht als Kommissionsgeschäft ansehen, weil bei jenem von vornherein ein bestimmter Preis für die zu liefernden Wertpapiere und Waren vereinbart wird. Denn nach der Parteiabsicht ist der vom Kommissionär zu berechnende Preis ein gegebener, nämlich der für den Kommittenten nach der jeweiligen Marktlage günstigste, während beim Proper-(Prämien-)Geschäfte jede Partei den für sie günstigsten Preis zu erlangen sucht.

2. Derselbe, HoldheimsMSchr. **10** 161 ff. Die Eigenhändlerklausel in den Geschäftsbedingungen der Bankiers unterscheidet zwischen der besonderen und allgemeinen Eigenhändlerklausel. Jene wird von reellen Bankiers nur für amtlich an der Börse nicht notierte Werte ausgemacht, diese wird namentlich im Prämienhandel von unreellen Bankiers (bucket shops) ausbedungen, um dem Kunden den Schutz der §§ 383 ff. HGB. und § 95 BörsG. zu entziehen. Der Bankier ist nach Treu und Glauben im Verkehre verpflichtet, den Kunden über die Bedeutung dieser Klausel aufzuklären. Anderenfalls verstößt sie gegen die guten Sitten und ist nach § 138 BGB. nichtig. Auch eine Anfechtung des Geschäfts wegen arglistiger Täuschung ist zulässig.

3. Derselbe, Über Geschäfte in Kuxen zwischen Bankier und Kunden, LeipzZ. **10** 49 f.

II. Rechtsprechung. LeipzZ. **11** 234, BankA. **10** 188 (KG.). Die in den Geschäftsbedingungen einer Bank enthaltene Bestimmung „alle Aufträge zum Kaufe oder Verkaufe von Effekten erledigen wir als Selbstkontrahenten" gewährt der Bank ein Recht auf Selbsteintritt zum bestehenden Börsenpreis, auch bei amtlich nicht notierten Papieren und hat ferner die Bedeutung, daß die Ausführungsanzeige der Selbsteintrittserklärung ohne weiteres in sich schließen soll. Die Rechte und Pflichten des Kommissionärs sind übrigens dieselben, gleichviel, ob der Selbsteintritt auf dem Gesetz oder auf Vereinbarung beruht.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407. RG. LeipzZ. 10 470. Ein Vertrag, durch den ein Spediteur die Spedition sowie die damit verbundenen Zollformalitäten für gewisse von dem anderen Teile zu empfangende Güter übernimmt, wogegen ihm die Spedition dieser Güter ausschließlich zustehen soll, ist nicht dahin auszulegen, daß der Vertragsgegner des Spediteurs sich des Bezugs aller Waren zu enthalten habe, die nicht durch den Spediteur spediert werden können, sondern daß dem Spediteur nur die Spedition derjenigen Waren zu überweisen ist, über deren Spedition dem Empfänger die Verfügung zusteht, wobei er sich nach Treu und Glauben zu bemühen hat, sich tunlichst eine derartige Verfügung über die von ihm bezogenen Waren zu verschaffen.

§ 408. 1. EisenbE. **26** 372 (Königsberg). **Ist die Ausführung der Versendung für den Versender erweislich irgendwie schadenbringend gewesen, so hat der Spediteur zu seiner Entlastung nachzuweisen, daß der Schaden durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnte.**

2. EisenbE. **26** 273 (Colmar). **Die Versendung einer Ware an einen anderen als den von ihrem Eigentümer bestimmten Ort und die dort erfolgende Pfändung der Ware durch einen Gläubiger des Spediteurs macht letzteren schadensersatzpflichtig. Der Spediteur wird von seiner Schadensersatzverbindlichkeit nicht durch den Umstand befreit, daß der Eigentümer der Ware nicht die Aufhebung der Pfändung veranlaßt hat.**

3. SeuffA. **65** 238, EisenbE. **27** 48 (Hamburg). Die Sorgfalt des Spediteurs, der für „gute Verpackung" beim Möbeltransporte garantiert hat, besteht auch darin, daß er das Gut tunlichst gegen Diebstahl schützt. Denn die gute Verpackung ist keineswegs schon damit besorgt, daß die nächste äußere Hülle um die zu versendenden Gegenstände sachgemäß angebracht ist, sondern es gehört namentlich auch dazu, daß je nach dem Werte oder der Empfindlichkeit der Gegenstände diese auch auf der Eisenbahn ordnungsgemäß untergebracht werden.

4. EisenbE. **26** 274 (BezG. f. Handelss. Wien). Der Spediteur, der Güter zur Aufbewahrung übernommen hat, wenn auch mit der Verpflichtung, dieselben gegen Abruf dem Hinterleger nachzusenden, haftet nur als Verwahrer.

§ 410. EisenbE. **26** 415 (ÖstObG.). Das Pfandrecht des Spediteurs für einen dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschuß wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Gut vom Verkäufer mit einer Nachnahme belastet war, sofern der Spediteur nur den Versender für befugt ansah, den Speditionsvertrag mit ihm abzuschließen, und er das Gut auf Grund dieses Vertrags in Gewahrsam bekommen hat.

§ 413. 1. FrankfRundsch. **44** 40 (Frankfurt). Ein Vertrag zwischen einer Anzeigenexpedition und einem Kunden stellt sich rechtlich als ein der Spedition ähnlich zu beurteilendes Rechtsverhältnis dar. Übernimmt eine Anzeigenexpedition größeren Umfanges die Unterbringung einer Ankündigung in einem bestimmten Blatte zu einem bestimmten Preise, so hat sie auch für die Aufnahme der Anzeige einzustehen, es sei denn, daß besondere Umstände die Nichtaufnahme der Anzeige veranlassen.

2. EisenbE. **26** 276 (ÖstObG.). Bei Vereinbarung eines Pauschalsatzes der Transportkosten haftet der Spediteur zwar für die von ihm angenommenen Zwischenspediteure und Frachtführer, nicht aber für den Schiffer (Seeschiffahrtsunternehmung), der den Transport zum Teil auszuführen hatte.

§ 414. SchlHolstAnz. **10** 8 (Kiel). Ein Verlust ist allgemein dann anzunehmen, wenn der Lagerhalter nicht in der Lage ist, das empfangene Gut zurückzugeben. Hiernach fällt auch die instruktionswidrige Aushändigung des Gutes unter den Begriff des Verlustes.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 416. SchlHolstAnz. **10** 182 (Kiel). Ein Vertrag über die Aufbewahrung von Wertpapieren im verschlossenen Depot ist als Verwahrungs- oder Mietvertrag anzusehen.

§ 417. **RG.** LeipzZ. **10** 221. Die Klausel im Lagerschein „Ich leiste nur Garantie für die laut Inventur mir übergebenen Gegenstände, komme aber für deren Inhalt nicht auf" ist dahin zu verstehen, daß damit nicht jede Haftung hinsichtlich des nicht spezifizierten Inhalts der zur Einlagerung übergebenen Behältnisse ausgeschlossen wird, sondern es ist damit nur ausgedrückt, daß dem Lagerhalter der ihm unbekannte Inhalt nachgewiesen werden muß, und daß ihm außerdem von dem Einlagerer auch noch ein Verschulden hinsichtlich des abhanden gekommenen oder beschädigten Inhalts nachgewiesen werden muß, um seine Verantwortlichkeit zu begründen. Ein solches Verschulden liegt vor, wenn während der Lagerzeit zahlreiche Gegenstände aus den eingelagerten Behältnissen durch Leute des Lagerhalters selbst entwendet und diese Diebstähle nur dadurch möglich waren, daß der Lagerhalter es an der erforderlichen Beaufsichtigung seiner Leute fehlen ließ.

§ 423. SchlHolstAnz. **10** 8 (Kiel). Zur Verlustanzeige ist nicht erforderlich, daß der Lagerhalter sich dazu bekennt, daß die Ware bei ihm in Verlust geraten ist, vielmehr genügt jede Anzeige, aus der der Einlagerer in Verbindung mit dem ihm bekannten Sachverhalte mit Sicherheit auf den Verlust der Ware beim Lagerhalter schließen kann.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

§§ 425 ff. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 136, behandelt die Frage nach dem Momente des Eigentumsüberganges beim Frachtgeschäft und seiner juristischen Konstruktion.

§ 425. OLG. **19** 405 (Hamburg). Für die Frage der Frachtführerschaft ist es ohne Belang, ob derjenige, der die Güterbeförderung als eigene Transportverpflichtung übernimmt, den Transport selbst ausführt oder zur Er-

füllung seiner Verpflichtung seinerseits für eigene Rechnung Frachtverträge mit Dritten abschließt.

§ 428. OLG. **19** 406 (Hamburg). Die Vorschriften des § 428 finden auf den Spediteur nur dann Anwendung, wenn der Versender und der Spediteur über die Beförderung des Gutes mit einer bestimmten Gelegenheit eine Vereinbarung getroffen haben.

§ 429. 1. **RG. 72** 106, EisenbE. **26** 394. Der Frachtführer oder Verfrachter hat, sobald das Frachtgut in seinen Händen Schaden leidet, für eine unaufgeklärte Schadensursache aufzukommen. Nur ausnahmsweise kann er sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, daß ihn hinsichtlich aller als möglich in Betracht kommenden Schadensursachen offensichtlich kein Verschulden trifft.

2. EisenbE. **26** 426 (ÖstObG.). Der vertragsbrüchige Möbeltransporteur kann für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der dem Umziehenden dadurch entsteht, daß er sich nunmehr an den erstbesten, auch nicht gewerbsmäßigen Frachtführer wenden muß und bei dem nun in Hast ins Werk gesetzten Transport Gegenstände beschädigt werden.

§ 432. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 139, EisenbE. **27** 65 (Kiel). Bahnamtlich bestellte Rollfuhrunternehmer sind bei der Güterbeförderung innerhalb ihres Bezirkes, auch wenn sie die Güter nicht innerhalb des Stationsorts, sondern von und nach seitwärts gelegenen Ortschaften an- oder abzufahren haben, nicht Unterfrachtführer, sondern Hilfspersonen der Eisenbahn und haften daher nicht aus dem Frachtvertrage für Verlust oder Beschädigung des Gutes. Wenn der § 78 EVO. bestimmt, daß die von der Eisenbahn bestellten Rollfuhrunternehmer als zu den Leuten der Eisenbahn gehörig gelten, also von ihr in ihrem Transportgewerbe als unselbständige Hilfspersonen benutzt werden, so verneint er ihre selbständige Stellung und ihre Verantwortlichkeit aus dem Frachtvertrage.

§ 435. 1. **RG.** EisenbE. **26** 448, JW. **10** 573, EisenbVereinsZ. **10** 851. Die Eisenbahn haftet auf Grund des Frachtvertrags für die Gewährung eines sicheren Zuganges zu dem Orte der Auslieferung des Frachtguts.

2. OLG. **19** 403 (Stuttgart). Die im § 435 aufgeführten Rechte entstehen für den Empfänger, wenn auch bedingt und befristet, bereits mit dem Zustandekommen des Frachtvertrags, nicht erst mit der Ankunft des Gutes auf der Bestimmungsstation.

§ 438. 1. *Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, JheringsJ. **56** 329 ff. (375) Geltendmachung eines Irrtums ist dem Präjudiz gegenüber nicht zulässig; abw. Staub zu § 438.

2. EisenbE. **26** 404 (Hamburg). Unter Zahlung der Fracht im Sinne des § 438 ist nur die freiwillige Zahlung zu verstehen, nicht eine Zahlung, die unter dem Zwange erfolgt, daß sonst die Güter von der Bahn nicht ausgeliefert werden. Eine Annahme der Güter ist bei Totalverlust, und zwar auch dann, wenn der Verlust nicht die ganze Ladung, sondern nur einzelne selbständige Teile betroffen hat, ausgeschlossen.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Literatur: Ammann, Haftpflicht der Eisenbahn für Unfälle beim Selbstverladegeschäft, EisenbE. **26** 456 ff. — Berücksichtigung von Gründen der Billigkeit bei Erhebung von Frachtzuschlägen (Art. 7 (4) IntÜb.), Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 130 ff. — Blume, Das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890. — Calmar, Der Art. 6 lit. 1 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahn-Frachtverkehr, betreffend die Angabe und Wahl des Beförderungsweges vor dem Forum

der zweiten Revisonskonferenz, EisenbE. **26** 460 ff. — Eger, Eisenbahnrecht im Deutschen Reiche und in Preußen. — Gordan, Das Verhältnis der Eisenbahn zur Post nach deutschem Rechte, EisenbE. **26** 234 ff. — Heller, Österreichisches und internationales Transportrecht. — Hellmann, Die rechtliche Stellung des Spediteurs, der von der Eisenbahn unanbringliche Güter auf Lager nimmt, EisenbE. **26** 231 ff. — Kalckbrenner, Die Bahnsteigkarte, EisenbE. **26** 211 ff. — Marchesini, La convenzione internazionale di Berna pei trasporti femiaoviari e la IIa conferenza di revisione. — Perkun, Die Haftung der Eisenbahn für ihre Leute. — Pisko, Das Eisenbahnbetriebsreglement mit Erläuterungen. — Rinaldini, Das neue österreichische und ungarische Eisenbahnbetriebsreglement, Ztschr f. d. IntEisenbTr. **10** 17 ff. — Ders., Eisenbahnbetriebsreglement mit Erläuterungen. — Senckpiehl, Das Eisenbahntransportgeschäft nach deutschem Rechte. — Terrana, Le limitazioni di responsabilità nel contratto di trasporto. — Über die Wirkung der Zuschlagsfristen im internationalen Verkehre, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 99 ff. — Winkler, Die Artt. 30, 31, 32, insbes. Abs. 2 des Art. 31 des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr, EisenbVereinsZ. **10** 593.

§ 456. 1. **RG.** EisenbE. **26** 127. Eine ordnungsmäßige Bahnanlage muß so beschaffen sein, daß sie, wenn auch nicht außergewöhnlichen Naturereignissen wie z. B. Wolkenbrüchen und Bergrutschen, so doch Einwirkungen der Witterung, z. B. Hochwasser, wie sie in einer bestimmten Gegend zu einer bestimmten Jahreszeit häufig wiederzukehren pflegen, standhält. Bei Wetterumschlag und Hochwassergefahr muß der Bahndamm von kundigen Beamten auf seine Haltbarkeit und Widerstandsfähigkeit so genau als möglich untersucht, insbesondere die Strecke vor Zugabgang von dem Bahnwärter abgeschritten, die Festigkeit der Gleise sorgsam geprüft und endlich auch die Tätigkeit der Bediensteten überwacht werden.

2. OLG. **19** 409 (Königsberg). Der Begriff der Ablieferung erfordert nicht, daß sich an die Aufgabe des Gewahrsams seitens der Eisenbahn die Übernahme des Gutes durch den Empfänger anschließt. Vielmehr genügt das Einverständnis des Empfängers mit der Aufgabe des Gewahrsams durch die Eisenbahn. Erforderlich ist ferner nur die Aufgabe des zum Zwecke der mit dem Versender vereinbarten Beförderung erlangten Gewahrsams, nicht die Aufgabe des Gewahrsams schlechthin.

§ 457. **RG.** LeipzZ. **10** 402, EisenbVereinsZ. **10** 1543, JW. **10** 32. Der gemeine Wert einer Sache wird dargestellt durch den Nutzen, den sie jedem Besitzer gewähren kann. Die Berücksichtigung eines besonderen Vertragsverhältnisses des Geschädigten mit einem Dritten und die erst durch dieses vermittelte besondere Bedeutung des Verlustes für das Vermögen des Geschädigten ist bei der Festsetzung des gemeinen Wertes ausgeschlossen.

§ 459. EisenbE. **26** 125, SeuffA. **63** 414 (Königsberg). Auch wenn ein Fall des § 74 EisenbVerkO. (Transporthindernis) nicht vorliegt, ist die Eisenbahn kraft der ihr obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers verpflichtet, den Absender von einer unterwegs drohenden oder eingetretenen Beschädigung des Gutes, welche die Zweckmäßigkeit der Weiterbeförderung in Frage stellt, sofort zu verständigen und dessen Weisung einzuholen.

§ 466. Abs. 4. EisenbE. **27** 57 (KG.). Tritt der Verlust eines Frachtbriefs ein und ist die Eisenbahn nicht in der Lage, aus den ihr sonst vorliegenden Angaben den Empfänger festzustellen, so ist es ihre Pflicht, unverzüglich mit der größten Beschleunigung und Sorgfalt Ermittelungen nach dem Empfänger vorzunehmen. Unterläßt sie dies, so ist grobe Fahrlässigkeit als vorliegend zu erachten.

§ 472. (§ 278 BGB.) **RG.** JW. **10** 573, DJZ. **10** 1410, R. **10** Nr. 3657. Der mit einer Fahrkarte versehene Reisende hat auf Grund des Beförderungsvertrags gegen die Eisenbahnverwaltung den Vertragsanspruch, daß er sich im Bahnhofe zur Erledigung der Geschäfte, welche mit der von der Eisenbahn über-

nommenen Beförderung zusammenhängen, ungefährdet bewegen kann. Besonders hat ihm die Eisenbahn im Bahnhofe verkehrssichere Zu- und Ausgänge zu gewähren, soweit er sie zu seiner oder seines Gepäcks Beförderung benutzen muß. Insoweit haftet die Bahn auch für ein Verschulden ihrer Angestellten gemäß § 278 BGB. S. a. BGB. § 278 Ziff. 2c.

Eisenbahnverkehrsordnung.

Vorbemerkung: Auch den im vorliegenden Jahrgang im Auszuge mitgeteilten Entscheidungen ist zum Teil noch die frühere Fassung der Verkehrsordnung zugrunde gelegt, was bei der Benutzung zu beachten ist. Vgl. im übrigen die Vorbemerkung JDR. 8.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

§ 16. Abs. 2. EisenbE. **26** 446 (Düsseldorf). Der Zuschlag zum Fahrpreis ist auch dann verwirkt, wenn der Reisende eine zwar für den betreffenden Zug, nicht aber für die betreffende Wagenklasse gültige Fahrkarte vorlegen kann.

Abs. 4. Kalckbrenner, EisenbE. **26** 211 ff. Die Lösung einer Bahnsteigkarte stellt sich rechtlich dar als Abschluß eines Innominatkontrakts, der dem Reisenden gegen Zahlung von 10 Pf. das Recht gewährt, die innerhalb der Bahnsteigsperre gelegenen Bahnhofsräume zu betreten. Die Ausgabe von Bahnsteigkarten steht im Belieben der Bahn, jedoch kann sie im Interesse der Betriebssicherheit oder aus sonstigen bahnpolizeilichen Gründen die Ausgabe von Bahnsteigkarten suspendieren, ebenso steht ihr das Recht zu, soweit früher gelöste Karten vorgezeigt werden, aus gleichen Gründen vom Vertrage zurückzutreten. Der Vertrag auf Betreten des Bahnsteigs gilt als mit der Zeitbeschränkung abgeschlossen, daß der Inhaber der Karte kurze Zeit nach Ankunft oder Abfahrt des betreffenden Zuges den Bahnhof wieder zu verlassen hat. Der Vertrag verpflichtet die Eisenbahnverwaltung, für einen sicheren Verkehr auf dem Bahnsteige zu sorgen. Die Bahnsteigkarte gewährt das Recht zum Betreten des Bahnsteigs unabhängig von dem der Ausgabe zugrunde liegenden Vertrage, sie ist Trägerin des Forderungsrechts, die Bahn will dem jeweiligen Inhaber derselben zur Leistung verpflichtet sein. Die Bahnsteigkarte ist zu den Inhabermarken im Sinne des § 807 BGB. zu zählen.

§ 57. EisenbE. **26** 253 (ÖstObG.). Die Aufgabestationen sind nicht verpflichtet, auf unrichtige oder unvollständig bezeichnete Bestimmungsstationen ausgestellte Frachtbriefe zu beanstanden, vielmehr hat die Partei sämtliche daraus entstehenden nachteiligen Folgen zu tragen.

§ 61. Abs. 5. EisenbE. **26** 182 (KG.). Entsteht dem Absender dadurch ein Schaden, daß zwar das von ihm vorgelegte Duplikat, nicht aber der Frachtbrief selbst den Nachnahmevermerk enthält, so ist der Schaden gemäß § 254 von beiden Teilen zur Hälfte zu tragen, da der Absender unrichtige Urkunden vorgelegt und die Bahn die Vergleichung ungenau vorgenommen hat.

§ 63. Abs. 6. 1. EisenbE. **27** 56 (LG. Prenzlau). Der Besteller eines Wagens ist nicht standgeldpflichtig, wenn er einen nicht genügend gereinigten und deshalb zur Verladung des Gutes ungeeigneten Wagen zurückweist. Ein Wagen, in dem noch erhebliche Kainitreste vorhanden sind, ist zur Verladung von Speisekartoffeln ungeeignet.

2. EisenbE. **26** 310 (Hand.- u. WechsG. Budapest). Bei Gütern, deren Abladen im Sinne des Tarifs der Eisenbahn obliegt, kann die Bahn wegen Verzugs beim Abladen kein Wagenstandgeld erheben, selbst wenn der Absender schriftlich um die Unterlassung des Abladens ersuchte.

§ 70. EisenbE. **26** 172 (BezG. f. Handelss. Wien). Die Bahn ist zur Zahlung der gesetzlichen Verzugszinsen von Frachtdifferenzen, welche sie an-

erkennt, für die Zeit vom Tage nach Eingang der Reklamation bis zum Zahlungstage verpflichtet.

§ 71. EisenbE. **26** 252 (ÖstObG.). Der Anspruch der Eisenbahn auf Nachzahlung des infolge unrichtiger Angabe des Inhalts einer Sendung an Frachtgeldern zu wenig Geforderten und auf Zahlung des Frachtzuschlags unterliegt nicht der im § 71 festgesetzten einjährigen Verjährungsfrist.

§ 72. Abs. 2. EisenbE. **26** 182 (KG.). Befindet sich der Nachnahmevermerk auf dem Duplikat, so ist eine Rechtsvermutung für die Auflegung der Nachnahme gegeben. Es ist jedoch der Beweis gegen diese Vermutung dahin zulässig, daß der Frachtbrief selbst den Nachnahmevermerk nicht enthalten hat. Denn für den Inhalt des Frachtvertrags ist nur der Frachtbrief selbst maßgebend.

§ 73. EisenbE. **26** 146 (Ung. Kurie). Wurde eine Nachnahmebescheinigung ausgefertigt, so ist die Auflegung der Nachnahme auch in dem Falle rechtskräftig, wenn der Nachnahmebetrag in dem Frachtbriefe nicht vermerkt worden ist. Sobald die Eisenbahn infolge der Fahrlässigkeit ihrer Organe den vom Empfänger nicht erhobenen Nachnahmebetrag irrigerweise dem Absender ausgefolgt hat, kann sie denselben unter dem Titel der Zahlung einer Mitschuld nicht zurückfordern.

§ 74. Eger, EisenbE. **27** 38 ff. Ob die Verhinderung der Beförderung deren Beginn oder Fortbezug betrifft, unterwegs oder auf der Versandstation eintritt, zeitweilig oder dauernd ist, oder welche Ursache der Verhinderung vorliegt, ob Zufall, höhere Gewalt, Verschulden des Absenders oder der Eisenbahn, ist gleichgültig. Unter Hilfsweg ist selbstverständlich ein anderer Schienenweg gemeint, nicht also etwa eine Weiterbeförderung durch Fuhrwerk, mit der Post oder zu Wasser, insoweit nicht letztere einen regelmäßigen und integrierenden Bestandteil der Eisenbahnroute bildet. Ist die Frist bei Benutzung des Hilfswegs eine geringere als die ursprüngliche, so kann der Versender bzw. Empfänger Rückerstattung des Mehrbetrags verlangen. Die Ausübung des Rücktrittrechts schließt jedes andere Verfügungsrecht aus, doch hat der Gesetzgeber diese Ausübung ohne Zweifel auch als eine Art Disposition über das Gut betrachtet, auf welche daher auch § 74 Abs. 3 (Besitz des Duplikats) Anwendung finden muß. Tritt der Absender nicht zurück, so kann die Bahn zwar für die Wartezeit Lagergeld an sich nicht beanspruchen, aber mangels anderweiter Verfügung nach § 81 verfahren. Der Abs. 3 des § 74 bildet einen evidenten Beweis dafür, daß das Verfügungsrecht des Absenders keineswegs auf die im § 73 Abs. 1 bezeichneten Anweisungen beschränkt ist, sondern alle Anweisungen umfaßt, welche die rechtliche Lage der Eisenbahn nicht erschweren. Demgemäß stehen die Bestimmungen des § 73 Abs. 1 und 2, welche nachträgliche Verfügungen des Absenders auf die dort bezeichneten beschränken, im Widerspruche mit § 74, welcher eine derartige Beschränkung des Anweisungsrechts des Absenders nicht kennt. Bevor die Eisenbahn die ihr nach § 81 Abs. 3 zugelassenen Schritte tut, muß sie eine den Umständen nach angemessene Zeit auf die Verfügung bzw. Rücktrittserklärung des Absenders warten. Erst wenn dieser eine solche in der bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang üblichen Zeit nicht erteilt, dürfen die im § 81 Abs. 3 bezeichneten Maßregeln von der Eisenbahn getroffen werden.

§ 75. 1. EisenbE. **26** 411 (Stettin). Auch bei Innehaltung der Lieferfrist haftet die Bahn für grobe Verstöße gegen die Sorgfaltspflicht bei der schleunigen Beförderung empfindlicher Güter. Sie kann sich in diesem Falle nicht darauf berufen, daß sie die Gewähr für Einhaltung der Beförderungszeiten wie für Innehaltung der Fahrpläne in ihren Veröffentlichungen stets ausdrücklich abgelehnt habe. Ähnlich EisenbE. **26** 419 (ÖstObG.).

2. Abs. 3. PosMSchr. **10** 43 (Königsberg). Als genügende Veröffentlichung der Zuschlagsfristen kann nur eine Bekanntmachung gelten, die in gehöriger und umfassender Weise erfolgt ist. Der Aushang in den Räumen der Abfertigungsstellen, in den Wartesälen usw. reicht in der Regel nicht aus, notwendig ist vielmehr eine entsprechende Ankündigung in den Blättern, die zur Veröffentlichung von Tarifänderungen gewöhnlich benutzt werden, d. h. im Reichsanzeiger und der EisenbVereinsZ. Der Tag, an dem die erste Veröffentlichung der Zuschlagsfrist stattgefunden hat, ist in den Zeitraum ihrer Geltung nicht einzurechnen. Eine vom Zeitpunkte der Veröffentlichung bis auf weiteres festgesetzte Zuschlagsfrist erstreckt sich nicht auf schon früher zustande gekommene Frachtverträge.

3. Abs. 7. EisenbE. **27** 45 (HanduWechselG. Budapest). Eine durch das Heißlaufen eines Wagens herbeigeführte Transportverzögerung ist als eine ohne Verschulden der Bahn eingetretene Betriebsstörung anzusehen, für deren Dauer die Lieferfrist ruht. Denn die Bahn verfügt nach dem heutigen Stande der Technik noch immer nicht über die ihren Zwecken vollkommen entsprechenden Fahrbetriebsmittel, bei deren Benutzung das Warmlaufen der Achsen vollkommen verhindert werden könnte. Die Dauer und Notwendigkeit einer infolge Heißlaufens eingetretenen Transportverzögerung hat die Bahn nachzuweisen.

4. EisenbE. **26** 397 (Ung. Tafel). Die Bahn kann in ihrem Tarife rechtsgültig bedingen, daß für die Dauer der unterwegs notwendig werdenden Reparatur von beladenen Privatkesselwagen die Lieferfrist ruht.

§ 78. Vgl. § 432 HGB.

§ 79. EisenbE. **26** 149 (LG. Schwerin). Der Wagenstandgeldanspruch der Bahn hat nicht wie der Verzug ein Verschulden des Empfängers zur Voraussetzung, es ist vielmehr gleichgültig für sein Bestehen, ob der Empfänger mit oder ohne sein Verschulden die Entladefrist nicht innegehalten hat. Die diese Frist in Lauf setzende Frist von 4 Stunden seit Aufgabe des Benachrichtigungsschreibens zur Post läuft auch Sonntags und beginnt auch dann zu laufen, wenn die Art der Benachrichtigung dem Interesse des Empfängers nicht entspricht.

§ 81. 1. Hellmann, EisenbE. **27** 23 ff. Bei Pfändung des Herausgabeanspruchs vor Ankunft des Gutes, was nach dem geltenden Rechte zulässig erscheint, ist nach Eintreffen des Gutes am Orte der Ablieferung einerseits der Absender von der Pfändung, andererseits der Pfandgläubiger oder dessen Bevollmächtigter oder Beauftragter (Rechtsanwalt, Gerichtsvollzieher) von der Ankunft sofort zu benachrichtigen. Wer von beiden zuerst über das Gut verfügt, sei es der Absender durch anderweitige Verfügung oder der Pfandgläubiger durch Einlösung des Frachtbriefs, dessen Anordnung ist zu beachten. Treffen weder der Absender noch der Pfandgläubiger rechtzeitige Verfügung, dann tritt das Verfahren bei Ablieferungshindernissen ein.

2. EisenbE. **26** 435. Auch nach Einlösung des Frachtbriefs besteht die Verpflichtung der Eisenbahn im Falle Nichtbezugs der Sendung seitens des Empfängers dem Absender von dem Ablieferungshindernisse bzw. dem bevorstehenden Verkaufe des Gutes zu verständigen.

3. Abs. 3. Hellmann, EisenbE. **26** 231, erörtert die rechtliche Stellung des Spediteurs, der von der Eisenbahn unanbringliche Güter auf Lager nimmt. Die Bestimmung „für Rechnung und Gefahr des Verfügungsberechtigten“ ist s. E. so aufzufassen, daß die Hinterlegung im Namen, d. h. in Vertretung des Verfügungsberechtigten erfolgt. Damit ist erreicht, daß einerseits die Eisenbahn nunmehr vollkommen ausscheidet, andererseits ein unmittelbares, selbständiges Rechtsverhältnis, nämlich das des Lagerhalters gemäß §§ 416 ff. HGB., zwischen dem Spediteur und dem Verfügungsberechtigten entsteht.

§ 82. EisenbE. 27 45 (ÖstObG.) Aus dem Umstande allein, daß der Mangel für den Empfänger äußerlich erkennbar war, läßt sich ein Verschulden der Eisenbahn nicht ableiten; denn nicht die Erkennbarkeit des Mangels an sich, sondern erst die wirkliche Entdeckung oder Vermutung eines Mangels bzw. eine darauf gerichtete Behauptung des Verfügungsberechtigten begründen eine Verpflichtung der Eisenbahn zur Feststellung im Sinne des § 82.

§ 84. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 228 (ÖstObG.). Für die Annahme höherer Gewalt genügt relative Unabwendbarkeit des Ereignisses, welche dann vorliegt, wenn der Eintritt und die Wirkungen des schädigenden Ereignisses nur durch Vorkehrungen abgewendet werden können, welche zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolge nach der Verkehrsanschauung in einem Mißverhältnisse stehen.

§ 89. EisenbE. **26** 425 (Ung. Kurie). Bei der Anwendung von Ausnahmetarifen ist zwar die Beschränkung der Haftpflicht der Eisenbahn gestattet, doch kann diese Beschränkung nicht Platz greifen, sobald sich die Bahn einer groben Fahrlässigkeit schuldig macht.

§ 94. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 143, 290, 300, EisenbE. **26** 430 (ÖstObG.). Hat die Überschreitung der Lieferfrist auch eine Beschädigung des Gutes (inneren Verderb) zur Folge, so haftet die Bahn nicht nur für den Zeitschaden (Interesse an der rechtzeitigen Lieferung, sondern hat überdies auch für den Sachschaden (Interesse an der unbeschädigten Ablieferung) aufzukommen. Die Deklaration des Interesses kann die Eisenbahn nicht von der Haftung für den Sachschaden befreien, wenn auch der Zeitschaden durch den deklarierten Betrag des Interesses erschöpft ist.

§ 95. 1. EisenbE. **27** 47 (ÖstObG.). Bei einem als leicht verderblich deklarierten Gute kann die Versäumung der Lieferfrist seitens der Eisenbahn ohne Hinzutritt besonderer Verhältnisse und Umstände, lediglich mit Rücksicht auf die Dauer der Versäumung und die Beschaffenheit des Gutes selbst noch nicht als grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn bzw. deren Organe angesehen werden. Auch die Berufung auf die von der Eisenbahn zweifellos zu prästierende Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns genügt noch nicht zur Begründung eines Entschädigungsanspruchs gegen die Eisenbahn.

2. EisenbE. **26** 140 (ÖstObG.). In der Verwechselung der in zwei Frachtbriefen über gleichartige Güter bahnseits eingesetzten Wagennummern liegt nicht ohne weiteres grobe Fahrlässigkeit. Denn man darf sich der Erwägung nicht verschließen, daß im Eisenbahnverkehre schon die Menge der zu befördernden Güter und die notwendige, durch die Verpflichtung zur Einhaltung kurzer Lieferfristen gebotene Raschheit des Transports sowie die Unvermeidlichkeit, sich zu den Hilfsarbeiten niederen Personals bedienen zu müssen, eine minutiöse Sorgfalt ausschließen.

3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 389, EisenbE. **26** 134 (ÖstObG.). Da der Frachtbrief den Inhalt des Frachtvertrags zur Darstellung bringt und somit der wesentlichste Behelf ist, ohne den das Gut nicht befördert und darüber nicht verfügt werden kann, so ist es Pflicht der Eisenbahn, ihn sorgfältig zu verwahren und ihn beim Wechsel des Personals und der Bahn gleichzeitig mit dem Gute zu übergeben. In der Außerachtlassung der für eine geordnete Geschäftsgebarung unerläßlichen Sorge für die Begleitpapiere ist ein grobes Verschulden der Bahn zu erblicken.

4. EisenbVereinsZ. **10** 1319 (ÖstObG.). Grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn liegt nicht vor, wenn auf der Bestimmungsstation nur ein Teil und nicht die ganze Sendung vom Zuge übernommen wird, wenn bei Verschleppungen nicht telegraphische, sondern nur schriftliche Ermittelungen angestellt werden und wenn

einem Adressaten, der sich die schriftliche Benachrichtigung von dem Anlangen der Güter verbeten hat, von der Ankunft eines verschleppten Gutes nicht sofort besondere Mitteilung gemacht wird.

5. EisenbVereinsZ. **10** 1166 (ÖstObG.). Die Eisenbahn haftet nicht, wenn ein Möbelwagen durch Funkenpflug in Brand gerät, auch wenn die Feuersgefahr durch Einstellung des Möbelwagens dicht hinter der Lokomotive besonders erhöht worden ist. Denn aus diesem Umstand ergibt sich nicht, daß der Brand nur deshalb entstanden ist, weil der Wagen so nahe der Lokomotive eingereiht worden ist, und daß er ungeachtet der mit der Transportart an sich (ohne Rücksicht auf den Platz des Wagens) verbundenen Feuersgefahr nicht hätte entstehen können, wenn der Wagen weiter rückwärts eingereiht gewesen wäre.

6. EisenbE. **27** 89 (HandelsG. Wien). Bei Transporten lebender Tiere ist die Bahn verpflichtet, den kürzesten Weg zu wählen. Unterläßt sie dies und wird dadurch eine größere Überschreitung der normalen Lieferfrist verursacht, so liegt grobe Fahrlässigkeit der Bahn vor, insbesondere wenn der Frachtbrief den kürzesten Weg ausdrücklich vorschrieb.

7. EisenbE. **26** 305 (BezG. f. Handelss. Wien). Die Unterlassung der Avisierung von der Ankunft auch nur eines Teiles einer Eilgutsendung begründet ein grobes Verschulden der Bahn, auch wenn sie aus gutgläubigen Vermutungen eines Bahnbediensteten erfolgt, sofern dieser nicht wenigstens versucht hat, sich über seine Vermutungen Gewißheit zu verschaffen.

8. EisenbE. **26** 299 (Ung. Kurie). Die Eisenbahn macht sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig, wenn sie eine Sendung entgegen den Bestimmungen des Tarifs auf einem offenen Wagen befördert und mit feuergefährlichen Gegenständen in einen Wagen geladen hat.

9. EisenbE. **26** 375 (HanduWechsG. Budapest). Die Eisenbahn macht sich der groben Fahrlässgkeit schuldig, wenn sie bei einem leicht verderblichen Gute die infolge entschuldbarer unrichtiger Verladung eingetretene Verspätung nicht durch gesteigerte Sorgfalt einzubringen trachtet.

§ 97. EisenbE. **27** 64 (ÖstObG.). Die Eisenbahn hat für den auf der Endstation festgestellten Gewichtsabgang nicht zu haften, wenn das Frachtgut auf einer Zwischenstation von dem Empfänger ohne bahnamtliche Gewichtsfeststellung mit einem zweiten Frachtbrief an die Endstation weiterbefördert worden ist.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

Art. 3 (AusfBest. § 1). EisenbE. **26** 171 (LG. Danzig). Für den Begriff der „Kostbarkeit" sind mangels einer gesetzlichen Definition Sprachgebrauch und Verkehrssitte maßgebend. Diese rechnen aber Bekleidungsgegenstände, die zum regelmäßigen Gebrauche dienen, mögen sie im Einzelfall auch einen noch so hohen Wert haben, nicht zu den Kostbarkeiten. Ein Zobelpelzmantel fällt daher nicht unter diesen Begriff. Anders PosMSchr. **10** 75 (Marienwerder).

Art. 5. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 347 (ÖstObG.). Die Eisenbahn ist nach den Vorschriften des österreichischen Tarifs verpflichtet, die Annahme eines Gutes zur Beförderung zu verweigern, wenn seine Verladung als vorschriftswidrig erkannt werden kann. Die Unterlassung begründet ein Verschulden der Bahn.

Art. 7 (4). Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 131 (Anonym). Daß der gute Glaube oder mit anderen Worten die Unkenntnis von der Unrichtigkeit der Erklärung, wenn sie nicht unverschuldet war, die Erhebung von Frachtzuschlägen nicht ausschließt, ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz. Die Frachtzuschläge sind aber auch

dann fällig, wenn zu der mangelnden Böswilligkeit als weiteres entlastendes Moment hinzutritt, daß der Irrtum unverschuldet war (anders RG.). Die Frachtzuschläge sind auch bei unrichtiger Deklaration unverpackter Güter zu erheben (anders KassH. Turin). Einen gangbaren Weg zur Ausgleichung der Interessen der Eisenbahn und des Publikums weisen die neuen Bestimmungen des Transportreglements Deutschlands, Österreichs und Ungarns, die einerseits an den Grundsätzen des Art. 7 IntÜb. festhalten und sogar ausdrücklich betonen, daß die Zuschläge ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Absenders zu entrichten sind, auf der anderen Seite aber es den Tarifen übertragen, einheitlich die Grundsätze zu bestimmen, nach denen etwa von Erhebung der Frachtzuschläge aus Billigkeit abgesehen wird oder geringere Zuschläge erhoben werden.

Art. 14. 1. PosMSchr. **10** 45, 79 (Königsberg). Die Haftpflichtniederlegung seitens einer russischen Bahn wegen starker Zufuhr von Gütern aus dem Ausland und deren Veröffentlichung genügt an sich zur Hinausschiebung des Ablaufs der Lieferfrist nur bei Beförderung innerhalb Rußlands selbst. Bei Beförderung von Gütern nach Rußland oder von Rußland nach einem anderen Staate gemäß dem Internationalen Übereinkommen muß hinzukommen, daß sie durch eine ohne Verschulden der Bahn eingetretene Betriebsstörung verursacht ist, die den Beginn oder die Fortsetzung der Beförderung zeitweilig verhindert und daher nach § 6 Abs. 7 AusfBest. zu Art. 14 die Lieferfrist zum Ruhen gebracht hat. Eine Betriebsstörung im Sinne dieser Vorschrift liegt vor bei vollkommener Unterbrechung, nicht bei bloßer Erschwerung des Verkehrs.

2. PosMSchr. **10** 79 (Königsberg). Ein Streik kann sowohl unter den Begriff der „außergewöhnlichen Verkehrsverhältnisse" im Sinne des § 6 Abs. 3 AusfBest. zu Art. 14 als auch unter den Begriff der den Beginn oder die Fortsetzung der Beförderung zeitweilig verhindernden Betriebsstörung fallen. Eine solche Betriebsstörung liegt nur bei vollkommener Unterbrechung, nicht bei bloßer Erschwerung des Verkehrs vor, während der Begriff der „außergewöhnlichen Verkehrsverhältnisse" im Sinne des Abs. 3 alle Fälle vorübergehender Störung oder Verkehrshäufung umfaßt. Die Haftpflichtniederlegung und die Festsetzung einer Zuschlagsfrist sind wesentlich voneinander verschieden.

3. EisenbE. **27** 81 (BezG. f. Handelss. Wien). Allerdings ist in Art. 14 von der sogenannten Haftpflichtniederlegung nicht ausdrücklich die Rede. Allein diese Stelle des Internationalen Übereinkommens kennt nicht nur Zuschlagsfristen, sondern auch das Ruhen der Lieferfrist. Die sog. Haftpflichtniederlegung bedeutet aber nichts anderes als eine Deklaration, daß eine das Ruhen des Laufes der Lieferfrist bewirkende Betriebsstörung eingetreten ist. Es steht also diese Einrichtung mit den Bestimmungen des Internationalen Übereinkommens keineswegs im Widerspruche.

Art. 14 (2). a) Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 99 ff. wird ausgeführt, daß die Anwendung eines Spezialtarifs mit verlängerter Lieferfrist eine absolute Verlängerung der Gesamtfrist bedingt und allen am Transporte beteiligten Bahnen, d. h. auch denjenigen zugute kommt, auf deren Strecken Taxermäßigungen nicht eingeräumt sind. Dieser Zustand wird als nicht befriedigend erachtet und eine Vorschrift befürwortet, daß im Frachtbriefe vermerkt werden müßte, ob und in welchem Umfange die Eisenbahn, auf deren Strecke der Spezialtarif zu ermäßigten Preisen zur Anwendung gelangte, von dem Lieferfristzuschlage wirklich Gebrauch gemacht hat. Alsdann dürfte ein Anspruch auf die von dieser Bahn nicht verbrauchte Zuschlagsfrist von den anderen der am Transport, aber nicht an der Gewährung ermäßigter Preise beteiligten Bahnen mit Erfolg kaum erhoben werden. **b)** Schwab, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 135 ff., schlägt im

Gegensatze hierzu vor, die Zuschlagsfristen nach § 6 Abs. 3 AusfBest. wie jene nach Art. 14 IntÜb. zu behandeln und den Abs. 4 zu beseitigen. Hierdurch würde die volle Übereinstimmung mit dem in Deutschland, Österreich und Ungarn geltenden Rechte ebenso herbeigeführt, wie sie mit dem französischem Rechte bereits besteht.

Art. 15. EisenbE. **26** 453 (BezG. f. Handelss. Wien). Die nachträgliche Verfügung auf Anhalten des Gutes unterwegs darf nicht mehr ausgeführt werden, wenn das Gut die bezeichnete Anhaltestation bereits passiert hat.

Art. 25. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 354 (Appelhof Pau). Der Empfänger ist vor Annahme des Gutes und vor Zahlung der Fracht berechtigt, die Prüfung des inneren Zustandes zu verlangen, auch wenn die äußere Beschaffenheit der Sendung gut ist und sich bei Nachwägung kein Gewichtsunterschied zeigt.

Art. 26. EisenbE. **26** 170 (ÖstObG.). Die Empfänger einer Sendung wird auch dann verfügungsberechtigt, wenn sie ihm infolge einer ungültigen nachträglichen Verfügung des Absenders ausgeliefert wurde.

Art. 27. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 178 (ZivilGH. d. Seine). Wenn eine Bahn an einem Orte zum Zwecke der Auskunfterteilung und Abgabe von Fahrscheinen eine Agentur unterhält, so ist dieser der Charakter einer Hauptniederlassung in juristischem Sinne nicht zuzuerkennen. Sie begründet daher keinen Wohnsitz der Bahn im Sinne des Art. 27.

Art. 30. Winkler, EisenbVereinsZ. **10** 593, führt entgegen Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 385 (vgl. FDR. 8 680) aus, daß eine Übereinstimmung der Vorschriften des Internationalen Übereinkommens über die Haftpflicht der Eisenbahnen mit den Landesrechten einstweilen nicht erreichbar sei, da die Landesrechte unter sich selber nicht übereinstimmen. Würde Abs. 2 des Art. 31 gestrichen, so würde allerdings Übereinstimmung mit dem Rechte einiger Staaten erzielt, dafür aber die Übereinstimmung mit anderen verloren, und zwar mit denen, die die Mehrheit bilden und die, was den Abs. 2 betrifft, sich auf dem richtigen Wege befinden. Das Internationale Übereinkommen darf die durch Art. 31 Abs. 2 gefundene Lösung nicht preisgeben, wohl aber könnte durch eine Redaktionsänderung das Verhältnis der Artt. 30 u. 31 verdeutlicht werden. Die Fälle des Art. 31 verhalten sich zum Art. 30 wie das besondere zum allgemeinen und sind insofern in Art. 30 mit einbegriffen. Aber die Fälle des Art. 31 sind hinsichtlich der Voraussetzungen für die Beweislast von anderer Art als die des Art. 30. Sie erheischen daher auch eine andere Behandlung, nämlich die Aufstellung der Rechtsvermutung des Art. 31 Abs. 2. Diese ist die Hauptsache des Art. 31, sie verleiht ihm seine Existenzberechtigung. Ohne die Rechtsvermutung könnte man auf den Art. 31 ganz verzichten. Dieses Verhältnis der Artt. 30 u. 31 ist bei gründlicher Prüfung auch in der jetzigen Fassung erkennbar, so daß eine Redaktionsänderung vielleicht wünschenswert, keinesfalls aber notwendig ist.

Art. 31. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 321 (LG. Straßburg). Zwar darf nicht verkannt werden, daß durch gute Verpackung und ordnungsmäßige Verladung der Bruchgefahr, der rohe Eier ausgesetzt sind, bis zu einem gewissen Grade vorgebeugt werden kann. Aber selbst durch die sorgsamste Verpackung wird die natürliche Beschaffenheit der Eier und ihre besondere Eigenschaft, dem Bruche in hohem Maße ausgesetzt zu sein, nicht geändert. Andererseits spricht auch ein besonders großer Umfang des Schadens als solcher nicht gegen die Möglichkeit seiner Entstehung aus der natürlichen Beschaffenheit der Eier.

2. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 147, EisenbE. **26** 375 (FranzKassH.). Für den auf ungenügende Verpackung zurückzuführenden Schaden ist die Eisenbahn nicht verantwortlich, auch wenn die Behandlung des Gutes beim Abgang oder

bei Ankunft der Sendung oder anläßlich eines Rangierstoßes im Laufe der Beförderung die zufällige Ursache der Beschädigung abgegeben hätte.

3. EisenbE. **26** 255, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 481 (Appellhof Orleans). Die Selbstverladung durch den Absender umfaßt nicht auch die Bedeckung, wenn dies nicht durch den Tarif bestimmt ist. Wenn der Tarif also nicht die Bestimmung enthält, daß der Absender sich Wagendecken beschaffen muß, so geht daraus hervor, daß man ihm diese Verpflichtung nicht hat auferlegen wollen. Weiter folgt daraus, daß ihre Lieferung keine Gefälligkeit der Eisenbahn, sondern eine aus ihrer Pflicht als Frachtführer, die ihr anvertrauten Güter in gutem Zustande zu erhalten, hervorgehende Obliegenheit bedeutet.

Art. 39. EisenbE. **26** 260 (ÖstObG.). Für eine Lieferfristüberschreitung, welche der Absender bei sofortiger bahnseitiger Benachrichtigung durch Verzögerung anderweiter Verfügung herbeigeführt hat, hat die Eisenbahn nicht zu haften.

Art. 41. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 112, EisenbE. **26** 373 (KassH. Turin). Die manifesta negligenza im Sinne des Art. 405 des italienischen Handelsgesetzbuchs und des Art. 140 des italienischen Tarifs entspricht der groben Fahrlässigkeit gemäß Art. 4 IntÜb. und ist der Arglist gleichzuachten.

2. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **10** 234 (Trib. Amsterdam). Der Kläger muß das behauptete Verschulden der Eisenbahn durch den Nachweis positiver Tatsachen begründen.

Art. 44. EisenbE. **26** 369 (ÖstObG.). Wenn das Frachtgut auf einer Zwischenstation mit neuem Frachtbrief aufgegeben wird, ohne daß hierbei eine neue Gewichtsfeststellung stattgefunden hat, so ist die Eisenbahn für den auf der Endstation festgestellten Gewichtsabgang nicht verantwortlich, auch wenn auf der Zwischenstation eine Umladung des Gutes nicht vorgenommen wurde.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Das Berichtsjahr brachte die Vollendung des auch in seerechtlicher Hinsicht an Anregungen reichen Handelsrechts (7) von Cosack. Das Wüstendörfersche Werk erfordert eine so eingehende Detailbehandlung, daß es in diesem Jahrgange noch nicht berücksichtigt werden konnte. — Die Brüsseler diplomatische Konferenz hat die Vertragsentwürfe betreffend Schiffszusammenstöße und Bergung und Hilfsleistung definitiv verabschiedet. Dieselben sind bereits dem Reichstag vorgelegt (Drucksachen des Reichstags, 12. Legislaturperiode, II. Session 1909/11 Nr. 978). Hinsichtlich der Reederhaftung ist bisher eine Einigung nicht erzielt worden. Näheres in der auf Veranlassung des Reichsjustizamts herausgegebenen Schrift: Die Brüsseler Vorentwürfe zum internationalen Übereinkommen über die beschränkte Haftung der Schiffseigentümer und über die Schiffshypotheken und Schiffsprivilegien (Berlin 1911, Guttentag).

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 478. LeipzZ. **10** 712 (Hamburger Schiedsspruch). Bunkerkohlen sind nicht Schiffszubehör, da nur zum vorübergehenden Gebrauche bestimmt.

§ 481. Literatur: Hansa **10** 991 ff., 1017 ff., Gehört der Stauer zur Schiffsbesatzung?

1. RG. LeipzZ. **10** 783, HansGZ. **10** Hptbl. 113. Ein Stauer gehört jedenfalls dann zur Schiffsbesatzung, wenn er auch das Abbäumen des Schiffes übernommen hat; er ist alsdann für eine zur Navigierung gehörige Tätigkeit angestellt. ➳ Das Urteil hebt das JDR. **8** 681 zu § 481 zitierte Urteil des HansOLG. auf. Red. ⟵

2. SchlHolstAnz. **10** 23 (Kiel). Der Kanalsteurer steht rechtlich dem Zwangslotsen nicht gleich. Er gehört zur Schiffsbesatzung.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 485. 1. SeuffA. **65** 194, HansGZ. **10** Hptbl. 59, SpeduSchiffZ. **10** 681 (Hamburg). Der Reeder haftet nicht für schadenstiftende Handlungen der Schiffsbesatzung *bei Gelegenheit* der Ausführung ihrer Dienstverrichtungen, z. B. bei Gelegenheit des Anbordgehens.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 97 (Hamburg). Vgl. BinnenSchG. § 3.

§ 486. SeuffA. **65** 221, SchlHolstAnz. **10** 155 (Kiel). Auch in den Fällen des § 486 Abs. 2 besteht das Schiffsgläubigerrecht des § 754 Nr. 8 (mit *Pappenheim* 213 und A. *Sieveking* 361).

§ 493. **RG. 74** 408 ff. Die Erteilung einer Vollmacht an den Korrespondentreeder zur Verpfändung des Schiffes kann darin gesehen werden, daß die Mitreeder den Korrespondentreeder als alleinigen Eigentümer des Schiffes ins Schiffsregister eintragen oder diese Eintragung fortbestehen lassen.

§ 510. *Tannenwald*, DJZ. **10** 1023. Erfolgt in einem Rechtsstreite gegen den Ausrüster eine Streitverkündung an den Reeder, der später auf Grund § 510 Abs. 2 haftbar gemacht werden soll, so ist dieselbe nicht geeignet, eine Unterbrechung der Verjährung gegen ihn herbeizuführen, weil der Anspruch gegen den Reeder nur bei *günstigem* Ausgange des Rechtsstreits begründet ist, aso ein Fall von ZPO. § 72 nicht vorliegt.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 511. **RG.** Hansa **10** 476, LeipzZ. **10** 290. Der Kapitän handelt schuldhaft, wenn er, ohne durch Notfälle dazu gezwungen zu sein, Identitätszeichen der Ladung, insbesondere auch die behufs Zollverschlusses angebrachten Plomben, eigenmächtig entfernt.

Zusatz zu § 511. *Schiffsmakler.* SeuffA. **65** 34, MecklZ. **28** 33 ff. (Rostock). Der Schiffsmakler kann vom Reeder selbst oder vom Schiffer beauftragt sein: für seine Ansprüche haftet der Reeder im ersten Falle persönlich, im zweiten nur mit Schiff und Fracht. Ein Vertrag zwischen dem Makler und dem Reeder selbst liegt dann nicht vor, wenn der Schiffer (Reeder ?) sich in der Chartepartie oder sonstwie verpflichtet, das Schiff durch den Makler klarieren zu lassen, oder wenn der Reeder dem Schiffer eine derartige Anweisung erteilt. Das gleiche gilt, wenn dem Makler durch den Reeder mitgeteilt wird, daß ein Schiff bei ihm klarieren lassen werde, oder wenn er ersucht wird, die Klarierung zu besorgen, wenn das Schiff sich bei ihm melden werde. In solchen Fällen liegt weiter nichts vor, als eine Adressierung des Schiffes an den Makler, ein Inaussichtstellen späteren Vertrags, vielleicht auch ein Vorvertrag. Daher nötigen auch Worte des Reeders, wie „Ich beauftrage Sie", nicht zu dem Schlusse, daß der Reeder selbst mit dem Makler kontrahiert hat.

§ 535. 1. LeipzZ. **10** 713 (Hamburger Schiedsspruch). Bunkerkohlen sind, da nicht zum Zwecke der Beförderung ins Schiff gebracht, nicht Ladung.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 88 (Hamburg). Beim Verkaufe verdorbener Ladung kann Aussonderung der unbeschädigten Teile, falls kostspielig oder zeitraubend, nach Sachlage unterbleiben.

3. SeuffA. **65** 147 (Hamburg). Der Schiffer, der im Nothafen Anweisungen des Ladungsbeteiligten einholt, hat beim Schweigen desselben das zu tun, was von seinem Standpunkt aus erforderlich war. Anderenfalls macht er sich und den Reeder schadensersatzpflichtig.

4. **RG.** Hansa **10** 599, HansGZ. **10** Hptbl. 79, R. **10** Nr. 1299. § 535 Abs. 2 bezieht sich nur auf Fälle der Gefährdung der Ladung, nicht auf eine ohne diese Voraussetzung erfolgte vorübergehende Unterbrechung der Ladungsbeförderung.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

Zusatz zu § 556. Schleppvertrag. HansGZ. **10** Hptbl. 37 (Hamburg). Dem Lotsen des auf der Elbe geschleppten Seeschiffs liegt die nautische Leitung des Schleppzugs ob. Wenn auch normalerweise Anweisungen desselben über die zu steuernden Kurse an die Schlepperführer sich erübrigen, so ändert sich dies, wenn er erkennt oder bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen muß, daß ein anormaler Umstand vorliegt, oder ein Umstand, der den Schleppzug oder Teile desselben gefährdet; dann hat er einzugreifen und zwar auch im Vertragsverhältnisse den Schleppern gegenüber. — Im weiteren Verhältnisse zwischen Revierschlepper und Seeschiff ist es Sache beider Teile, die Länge der Schlepptrosse zu bestimmen.

§ 557. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 290, HoldheimsMSchr. **10** 221. Die Charterung des Schiffes im ganzen gibt dem Ablader nicht das Recht, über die ihm zur Befrachtung überlassenen Schiffsräume zu verfügen und diese zollamtlich verschließen zu lassen. Aus dem Chartervertrage, der, auch wenn er das ganze Schiff umfaßt, nicht Sachmiete-, sondern Werkvertrag ist, würde ohne besondere Vereinbarung ein solches Recht nicht abzuleiten sein.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 76 (Hamburg). Ein Chartervertrag, geschlossen zwischen dem englischen Reeder und einem deutschen Charterer in einem deutschen Hafen über ein dort befindlichrs Schiff, das von dort aus die Charterreise antreten soll, ist trotz der englischen Nationalität des Schiffes und der englischen Vertragssprache nach deutschem Rechte zu beurteilen. Das schließt nicht aus, daß bei Auslegung einzelner in englischer Sprache gefaßten und englischer Verkehrsübung entlehnten Vereinbarungen der englischen Verkehrs- und Rechtsauffassung Rechnung zu tragen ist.

§§ 557, 662. HansGZ. **10** Hptbl. 76 (Hamburg). Die Klausel, der Kapitän habe die vom Charterer vorgelegten Konnossemente zu zeichnen, „**without prejudice to this charter**", bedeutet, daß der Charterer den Inhalt der Konnossemente frei zu gestalten berechtigt ist, dem Reeder aber dafür aufzukommen hat, wenn er durch dieselben weitergehende Rechte der Empfänger gegen den Reeder begründet als für ihn selbst Rechte nach der Charter bestehen.

§ 559. HansGZ. **10** Hptbl. 53 (Hamburg). Freizeichnung von der Haftung für Seeuntüchtigkeit ist nicht allgemein üblich, muß daher unzweideutig erklärt werden. S. a. u. zu § 606 Ziff. 2c.

§ 565. **RG.** Hansa **10** 599, HansGZ. **10** Hptbl. 79, R. **10** Nr. 1299. Die Klausel „mit Freiheit, die Waren in andere Dampfschiffe zu verladen" ist zwar in erster Linie dazu bestimmt, die Vorschrift des ersten Satzes des § 565 Abs. 1 unter den Beteiligten aufzuheben. Es ist aber nicht ausgeschlossen, ihr mit Rücksicht auf bestehende Übungen den weitergehenden Sinn beizulegen, daß dem Schiffe für die Beförderung von Gütern von einem Punkte nach einem anderen ein Umweg behufs Umladung der Güter daselbst gestattet sein solle.

§ 594. Vgl. zu BinnenSchG. §§ 47 ff.

§ 606. 1. Allgemeines. a) HansGZ. **10** Hptbl. 88 (LG. Hamburg u. HansOLG.). Verlust im Sinne von § 606 liegt nicht vor, wenn der Schiffer Ladung gemäß § 535 verkauft hat. b) HansGZ. **10** Hptbl. 132 (Hamburg). Der Verfrachter haftet grundsätzlich dem Befrachter für den Schaden, der durch die Beschädigung des Frachtguts während des Transports entstanden ist. Ob der Befrachter an der Beseitigung dieses Schadens ein eigenes Interesse hat, oder ob er das Interesse eines Dritten vertritt, ist gleichgültig. Denkbar wäre der Einwand, daß der Befrachter durch die Leistung des Schadensersatzes bereichert werden würde.

2. Einzelne Freizeichnungen. a) HansGZ. 10 Hptbl. 103 (Hamburg). Die Klausel „cargo landed without marks or with wrong marks, to be apportioned by the steamer's agent among the consignees of the cargo, whose lots may be short, such apportionment to be accepted by said consignees against shortage" (vgl. JDR. 7 692) modifiziert die grundsätzliche Pflicht des Verfrachters, das empfangene Gut auszuliefern, in außergewöhnlicher Weise und ist deshalb strikt auszulegen. Sie ist für den Regelfall gefaßt, daß die ganze Ladung eines Schiffes im Bestimmungshafen gelöscht wird, und daß dann nach richtiger Verteilung der identifizierten Güter Kolli mit falscher Marke oder ohne Marke übrig bleiben, während andererseits an den Partien bestimmter Empfänger Stücke fehlen. Sie gilt also nicht für eine im Zwischenhafen gelöschte Teilladung, von der nichts übrig geblieben ist. Die Anwendung der Klausel ist ausgeschlossen, wenn der betreffende Empfänger beweist, daß er bei ordnungsmäßiger Auslieferung die für ihn bestimmten Güter erhalten hätte, daß z. B. seine Marken an unrichtige Empfänger ausgeliefert worden sind. b) HansGZ. 10 Hptbl. 103 (Hamburg). Die Klausel „the ship's responsibility shall cease immediately on the goods being discharged from the ship's tackle . . ." befreit den Verfrachter, wenn er beweist, daß die fehlenden Güter bei der Entlöschung des Dampfers den Steg passiert haben ➛ vgl. betr. der Beweislast die abweichende Entscheidung JDR. 7 692 Ziff. 3 zu § 606 ⟵. c) HansGZ. 10 Hptbl. 53 (Hamburg). Freizeichnung von Schäden, verursacht durch Gefahren der See oder durch Schiffahrtsunfälle, deckt nicht mangelnde Seetüchtigkeit (hier: das Vorhandensein ordnungswidriger Öffnungen der Schiffswand, durch die Wasser eingedrungen ist). Vgl. zu § 559. d) HansGZ. 10 Hptbl. 46 (Hamburg) Die Klausel „steamer not responsible for rotten bags caused by the nature of the cargo" schützt den Verfrachter nur gegen eine Inanspruchnahme für eine an den Säcken aus spezieller Ursache festgestellte Beschädigung ➛ weitergehend das JDR. 8 684 Ziff. 2d zu § 606 zitierte Erkenntnis. Red. ⟵. e) HansGZ. 10 Hptbl. 25, 98 (Hamburg). Freizeichnung von „barratry" (vgl. JDR. 6 zu § 606 Ziff. 3, 7 zu § 606 Ziff. 6). f) HansGZ. 10 474 (LG. Hamburg). Bei Freizeichnung von „rust" und „oxydation" haftet der Verfrachter für Verrostung und Oxydierung der Metallladung nicht, solange ihm nicht nachgewiesen wird, daß sie auf sein Verschulden oder dasjenige von Personen zurückzuführen ist, für die er verantwortlich ist. g) RG. 74 336 ff. Freizeichnung von „error of navigation". Sie umfaßt auch jede fehlerhafte Behandlung der Maschine. h) HansGZ. 10 Hptbl. 64 (Hamburg). Die Freizeichnung von „fire" bezieht sich nur auf einen Verlust, der durch Feuer unmittelbar verursacht ist. i) HansGZ. 10 Hptbl. 98 (Hamburg). Freizeichnung von „robbers by land or sea".

§ 609. HansGZ. 10 Hptbl. 119 (Hamburg). Nach § 8 HambAGHGB. erlöschen bei Empfang zu Wasser Ansprüche des Empfängers wegen äußerlich erkennbaren, teilweisen Verlustes durch eine vorbehaltlose Quittung. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes ist anzunehmen, daß eine Anfechtung dieser Quittung oder ein Gegenbeweis gegen ihre Richtigkeit ausgeschlossen sein soll.

§ 614. HansGZ. 10 Hptbl. 126 (Hamburg). Haftung mehrerer Empfänger für Liegegelder. Ausgleich (vgl. JDR. 7 693). Es kann als der gemeinsame stillschweigende Wille der Empfänger angesehen werden, daß derjenige, der seine Löschzeitquote überschreitet und dadurch eine Liegegeldforderung verursacht, allein für diese aufzukommen und dementsprechend dem Mitempfänger, der deshalb vom Schiffer in Anspruch genommen ist, hierfür erstattungspflichtig ist, auch wenn er nicht fahrlässig gehandelt hat. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall — etwa im Falle elementarer Hinderungen der Ladung — etwas anderes als stillschweigender Wille der Beteiligten zu gelten hat.

§ 621. HansGZ. **10** Hptbl. 123 (Hamburg). Hat ein Schiff wegen seines Tiefganges nicht alle Ladung im ersten, sondern den Rest erst im zweiten Abladehafen eingenommen, so fallen ihm die dadurch entstandenen erhöhten Hafengelder auch dann zur Last, wenn in der Charter vereinbart ist, daß für diesen Fall dem Schiffe der Rest der Ladung vom Charterer „without extra-expenses" im zweiten Hafen zu liefern ist. Diese Klausel bedeutet vielmehr, daß der Charterer auf seine Kosten die Güter nach dem zweiten Hafen zu schaffen hat.

§ 642. Literatur: Diepenhorst, Das Konnossement im Baumwollexporthandel Amerikas, Zeitschr. für Handelswissenschaft u. Handelspraxis **3** 193 ff.

1. **RG. 74** 195 ff. Der Reeder kann nicht nur gegenüber dem von dem Schiffer, sondern auch gegenüber dem von einem anderen Bevollmächtigten ausgestellten, auf einen deutschen Bestimmungshafen lautenden Konnossement sich nicht darauf berufen, daß gewisse, der Vollmacht beigefügte, sie einschränkende Instruktionen bei der Ausstellung nicht beobachtet seien. Das gleiche muß gelten, wenn der Schiffer eine solche beschränkte Vollmacht erteilt hat und diese von dem Bevollmächtigten des Schiffers bei der Ausstellung überschritten wurde, da der Schiffer seine Befugnis von dem Reeder ableitet.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 64 (Hamburg). Unter Umständen sind die Konnossementsbedingungen für die Verbindlichkeit des Reeders entscheidend, obschon das Konnossement zur Zeit des Verlustes der Güter noch nicht ausgestellt war. So, wenn der Reeder eine große Schiffahrtsgesellschaft ist, die notorisch nur zu ihren Konnossementsbedingungen Transporte übernimmt. Um so mehr dann, wenn das Receipt auf die Konnossementsbedingungen Bezug nimmt.

§ 647. RG. R. **74** Nr. 49. An sich hat die Eigentumstradition des Konnossements nur die Wirkung, daß das Eigentum an der Ware auf den Empfänger übergeht, und zwar zu dem Zeitpunkte, wo er den Besitz des Konnossements erlangt. Ansprüche des Eigentümers gegen einen Dritten, die auf dem Eigentume beruhen, z. B. wegen Beschädigung der Ware, gehen nicht ohne weiteres auf den neuen Eigentümer über; auch können sie nicht allgemein als stillschweigend zediert gelten. Dahingestellt kann bleiben, ob es eine notwendige Voraussetzung für den Eigentumsübergang durch Aushändigung des Konnossements ist, daß sich zur Zeit der Konnossementsübergabe die Ware noch im Gewahrsam des Schiffers befindet.

§ 662. Vgl. o. zu §§ 557, 662.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 700. Ritter, LeipzZ. **10** 343. Eine Rettungsmaßregel verliert nicht ohne weiteres dadurch ihren Charakter als Maßregel der großen Haverei, daß sie, außer zum Zwecke der Errettung von Schiff und Ladung, noch zu anderen Zwecken getroffen wird.

§§ 700, 710. LeipzZ. **10** 710 ff. (Hamburger Schiedsspruch). Nicht beitragspflichtig zur großen Haverei ist die von der Fracht grundsätzlich verschiedene Schiffsmiete. Ebensowenig die vom Mieter beschafften Bunkerkohlen.

§ 702. RG. 74 336. Die Freizeichnung im Konnossement für Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung kann auch dem Anspruche der Ladungsinteressenten aus § 702 Abs. 3 entgegengehalten werden. Vgl. JDR. **4** 652.

§ 719. LeipzZ. **10** 711 (Hamburger Schiedsspruch). Liegt Schiffsmiete vor, so kann ein der Fracht entsprechender Abzug vom Werte der Güter nicht gemacht werden.

§ 723. LeipzZ. **10** 713 (Hamburger Schiedsspruch). Aus dem Umstande, daß im § 723 unter den zur großen Haverei nicht beitragspflichtigen Sachen nicht des Feuerungsmaterials gedacht ist, ist nicht zu schließen, daß dasselbe beitragspflichtig sei.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

§ 734. 1. Verschulden. a) **RG.** HansGZ. **10** Hptbl. 43. Für die Frage des Verschuldens ist es von Erheblichkeit, ob die konkurrierende Fahrlässigkeit eines anderen voraussehbar war, wenigstens dann, wenn ohne diese Zwischenursache der schädliche Erfolg nicht eingetreten wäre. **b) RG.** WarnE. **09** Nr. 417. Schuldhaftes Festfahren eines Schiffes als adäquate Ursache eines Zusammenstoßes.

2. Prima facie-Beweis und Exkulpation. a) **RG.** LeipzZ. **10** 290, HoldheimsMSchr. **10** 219, HansGZ. **10** Hptbl. 49. In Kollisionssachen ist die Beweislast so zu verteilen, daß tunlichst auf eine Aufklärung des Tatbestandes und Feststellung etwaigen Verschuldens und damit indirekt auf erhöhtes Verantwortlichkeitsgefühl und größere Sorgfalt der beteiligten Personen hingewirkt wird. Daher ist es feststehende Regel, daß eine äußere Regelwidrigkeit, die den Verdacht eines Verschuldens nahe legt, die Exkulpationspflicht der Partei begründet, auf deren Seite sie begangen ist. Wie diese Exkulpationspflicht zu begrenzen, m. a. W., wann der Verdacht als genügend widerlegt zu erachten ist, läßt sich abstrakt nicht bestimmen. Das Interesse der Aufklärung des Sachverhalts erfordert aber, daß diejenige Partei, auf deren Seite eine Ordnungswidrigkeit vorliegt und deren Handlungen als mögliche Ursache des Schadens in Betracht kommen, nicht mit einem non liquet freizulassen ist. Es darf für sie kein Interesse daran bestehen, den Tatbestand zu verdunkeln. Sie muß die Umstände, die ihr eigenes Schiff und ihre eigenen Handlungen betreffen, soweit darlegen, daß mindestens eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ihr Nichtverschulden vorliegt. **b) RG.** JW. **10** 244, HoldheimsMSchr. **10** 220, HansGZ. **10** Hptbl. 49. Beweislast beim Versagen der Rudermaschine. Wird festgestellt, daß das ansegelnde Schiff den unerwünschten Kurs einschlug, obwohl es sich bei richtiger Ruderlage in dem ihm zukommenden Fahrwasser befand, so ist es Sache des Gegners, ein Verschulden darzutun. Denn die nautische Erfahrung lehrt, daß auch ein richtig geführtes Schiff infolge äußerer Einflüsse, wie Sog, Dünung, Veränderungen im Flußbett, ohne Verschulden der Besatzung aus dem Steuer laufen kann. Diese äußeren Einflüsse pflegen dem Gegner ebensogut erkennbar zu sein wie dem ansegelnden Schiffe; auch die Beurteilung der Schuldfrage ist von seinem Standpunkt aus nicht schwieriger. Dagegen ist es für den Gegner regelmäßig ausgeschlossen, die Gründe, aus denen das ansegelnde Schiff mit unrichtigem Ruder fuhr und ein darauf bezügliches Verschulden darzulegen. Dies auch dann nicht, wenn von der Gegenseite bewiesen wird, daß die Steuermaschine tadellos funktioniert und der Steuermann seine Schuldigkeit getan hat. Der Verdacht eines anderweiten Verschuldens der Besatzung des ansegelnden Schiffes wird damit nicht beseitigt, und die Erklärung, daß von ihrer Seite der Vorfall nicht weiter aufgeklärt werden könne, läßt die Möglichkeit naheliegend erscheinen, daß der Tatbestand irgendwie verdunkelt wurde, um ein zugrunde liegendes Verschulden zu verdecken. Es würde rechtspolitisch sehr bedenklich sein, wollte sich das Gericht mit einer so mangelhaften Aufklärung begnügen. Andererseits ist es auch nicht unbillig, da einmal ein schwerer Schaden entstanden ist, ihn diejenige Partei tragen zu lassen, welche ihn durch ihre Tätigkeit verursacht hat und sich außerstande erklärt, die Ursache so aufzuklären, daß ein Verschulden auf ihrer Seite als unwahrscheinlich gelten

kann, anstatt ihn dem erwiesenermaßen unschuldigen Gegner aufzubürden. c) HansGZ. 10 Hptbl. 92 (Hamburg). Eine nicht mit Patent zur Schiffsführung versehene Person ist präsumtiv ungeeignet dazu. Richtet sie Kollisionsschaden an, so hat der Reeder, der ihr die Führung anvertraut hat, zu beweisen, daß sein Verschulden sine effectu war, d. h. daß der an sich unqualifizierte Schiffsführer gehandelt hat, wie auch ein qualifizierter Schiffsführer gehandelt haben würde.

3. Schaden. a) **RG. 74** 49. Außerkontraktliche Ansprüche wegen Beschädigung oder Zerstörung der verschifften Waren entstehen nur für den, der zur Zeit der Beschädigung oder Zerstörung der Eigentümer war. Diese Ansprüche gehen mit der Weiterübertragung des Konnossements nicht ohne weiteres über. b) HansGZ. **10** Hptbl. 44 (Hamburg). Entgangener Gewinn des schadensersatzberechtigten Schiffes, berechnet auf Basis des chartermäßigen Liegegeldes, abzüglich der ersparten Heuerbeträge.

4. Anwendung auf Nichtkauffahrteischiffe. a) Pappenheim, LeipzZ. **10** 417 ff. — s. a. u. Art. 7 EGHGB. Ziff. I — polemisiert gegen die die Haftung des Reichsfiskus für von Kriegsschiffen verschuldete Zusammenstöße negierende Entsch. des **RG. 72** 347 ff. (JDR. **8** 688 u. u. Art. 7 EGHGB. Ziff. II). Art. 7 EGHGB. gehe dem Art. 77 EGBGB. als abweichende Spezialbestimmung vor, beziehe sich also auf Kriegs- und sonstige Staatsschiffe. Der Fiskus hafte aber nicht dinglich mit dem schuldigen Schiffe, sondern beschränkt-persönlich bis zur Höhe des Wertes, den dasselbe zur Zeit der Verursachung des Schadens gehabt habe. Dementsprechend habe Klagantrag und Urteil zu lauten. b) Hertz, GruchotsBeitr. **55** 39 ff., hält die seerechtliche Gleichstellung der Nichterwerbsschiffe mit den Erwerbsschiffen nur dann für gegeben, wenn sich die Besatzung der ersteren nicht in Ausübung einer ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt befindet, z. B. bei einer Kriegsübung. Bewegt sich dagegen ihre Tätigkeit auf privatrechtlichem Gebiete, so ist die Schadenshaftung des Marinefiskus nach Seehandelsrecht zu beurteilen. Der Verletzte hat ein freilich nur unvollkommen (z. B. bei Außerdienststellung) durchführbares Pfandrecht am Kriegsschiff und, sofern dieses durch eine neue Reise gefährdet wird, einen beschränkt persönlichen Anspruch gegen das Reich. Da bei Kriegsschiffen die neue Reise kraft öffentlichen Rechtes die Regel bildet, so ist bei ihnen auch die beschränkt persönliche Haftung des Landvermögens die Regel. Demnach hat letztere den Antritt einer neuen Reise nicht zur Voraussetzung.

5. Internationales Privatrecht. **RG. 74** 46 ff. Bei Kollisionen zwischen Schiffen verschiedener Flagge und verschiedener Rechte ist prinzipiell das Recht der Flagge des schuldigen (bzw. beschuldigten) Schiffes anzuwenden. Nur dann hat statt dessen die lex fori zur Anwendung zu kommen, wenn wegen der besonderen Gestaltung des Falles die Anwendung des Rechtes der Flagge des schuldigen Schiffes undurchführbar ist oder eine ungleiche Behandlung der Parteien mit sich bringt. Dieser Fall liegt insbesondere dann vor, wenn bei Zusammenstoß von Schiffen verschiedener Nationalität und verschiedener Rechte die mehreren beteiligten Reeder Ansprüche gegeneinander erheben.

§ 738. 1. **RG.** HansGZ. **10** Hptbl. 9. Das Urteil bestätigt die JDR. **7** 695 unter Ziff. 2 zu § 738 abgedruckte Entscheidung des HansOLG.

2. SchlHolstAnz. **10** 23 (Kiel). Dem unter Führung des Zwangslotsen befindlichen Schiffe muß, wenn ein kausales Verschulden des Zwangslotsen bewiesen ist oder vermutet wird, nachgewiesen werden, daß einer Person der Schiffsbesatzung ein kausales Mitverschulden zur Last fällt. ➛ Ebenso Schaps 673; anders **RG.** JDR. 8 688. Red. ⬅

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

§ 740. HansGZ. **10** Hptbl. 133 (LG. Hamburg). Der Reeder erlangt durch die Rettung eines eigenen Schiffes ein Schiffsgläubigerrecht am Schiffe. Er kann es aber nicht im Wege der Klage gegen sich selbst geltend machen.

§ 747. HansGZ. **10** Hptbl. 111 (Hamburg). Die Vorschrift, daß bei der Bestimmung des Hilfslohns auf den Wert der geretteten Gegenstände nur eine untergeordnete Rücksicht zu nehmen sei, kann nur bedeuten, daß die Höhe der geretteten Werte hinter den sonstigen bei Bemessung des Hilfslohns mitwirkenden Momenten zurückzutreten hat, aber nicht, daß sie nahezu unbeachtlich sei.

§ 749. HansGZ. **10** Hptbl. 80, 130 (Hamburg). Der Anspruch auf Hilfslohn steht nur dem Reeder, nicht pro rata den einzelnen Besatzungspersonen des rettenden Schiffes zu: diese haben nur einen Anspruch auf Verteilung gegen ihren Reeder.

§ 751. HansGZ. **10** Hptbl. 106 (LG. Hamburg). Die geretteten Gegenstände haften für den Berge- bzw. Hilfslohn solidarisch.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 754. 1. Rechtliche Natur des Schiffsgläubigeranspruchs. Byk, LeipzZ. **10** 540 ff., erörtert die über die Natur des Schiffsgläubigeranspruchs aufgestellten Ansichten und verteidigt Pappenheims Theorie.

2. Anwendung auf Nichtkauffahrteischiffe. a) Pappenheim, LeipzZ. **10** 423 ff. Die Vorschriften über das Schiffsgläubigerrecht sind durch Art. 7 EGHGB. auf die nicht zum Seefahrtserwerbe dienenden Schiffe ausgedehnt worden. Während bei Kriegs- und sonstigen Staatsschiffen von der Gewährung eines gesetzlichen Pfandrechts überhaupt nicht die Rede sein kann, muß den hier in Betracht kommenden Forderungen ein Schiffsgläubigerrecht an den nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt dienenden Privatschiffen im Wege der Analogie zugebilligt werden. b) Hertz, GruchotsBeitr. **55** 44 ff., nimmt die Entstehung von Schiffsgläubigerrechten auch an Kriegs- und sonstigen Staatsschiffen an, wenn auch mit beschränkter Durchführbarkeit.

3. Einzelnes. a) SeuffA. **65** 221, SchlHolstAnz. **10** 155 (Kiel). Auch in den Fällen des § 486 Abs. 2 besteht das Schiffsgläubigerrecht des § 754 Nr. 8 (mit Pappenheim 213 und A. Sieveking 361). b) LeipzZ. **10** 921 ff. Ein von Leo daselbst mitgeteiltes Urteil des LG. Stade gewährt der Konkursmasse wegen von ihr gemachter Aufwendungen, insbes. Bewachungskosten, ein Schiffsgläubigerrecht an einem zu ihr selbst gehörigen Schiffe: Gläubiger sei das Landvermögen der Konkursmasse, Schuldner das Seevermögen, nämlich Schiff nebst Zubehör.

4. Internationales Privatrecht. MecklZ. **28** 33 (Rostock). Auf Grund eines Tatbestandes, der sich im Ausland ereignet hat, ist an einem in Deutschland befindlichen Seeschiff ein Schiffsgläubigerrecht an einem deutschen Gerichte jedenfalls dann anzuerkennen, wenn jener Tatbestand sowohl nach ausländischem wie nach deutschem Rechte ein Schiffsgläubigerrecht begründet.

§ 755. OLG. **20** 1 (Hamburg). Die Gefährdung eines Schiffsgläubigeranspruchs, welche die Verhängung eines Arrestes rechtfertigt, ist in der Aussendung des Schiffes auf eine Reise dann nicht zu sehen, wenn der Reeder solvent ist; denn nicht auf die Gefährdung des Pfandrechts kommt es an, sondern auf die der Vollstreckung des klägerischen Schadensersatzanspruchs, und dieser ist bei Solvenz des nach § 774 (BinnenSchG. § 114) persönlich haftenden Reeders nicht gefährdet. ➛ Ähnlich HansGZ. **10** Hptbl. 41 (Hamburg). Red. ➛ ➛ Diese Entscheidungen sind nicht unbedenklich. Nach ZPO. § 917 findet der dingliche Arrest

statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Die Vollstreckung des Urteils in das Schiff, auf welche der Schiffsgläubiger ein Recht hat, kann aber durch die Wiederaussendung gefährdet werden. Ob daneben der Reeder persönlich haftet, ist für die vorliegende Frage ohne Bedeutung. Red. ←]

§ 774. 1. Pappenheim, LeipzZ. **10** 426. Die Vorschrift des § 774 würde einem Gläubiger nicht zugute kommen, der wegen seiner mit beschränkter Haftung verbundenen Forderung auf das Schiffsgläubigerrecht verzichtet hätte.

2. Anwendbarkeit auf Nichtkauffahrteischiffe s. § 734 Ziff. 4.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Vorbemerkung: Trotz Inkrafttretens des Abänderungsgesetzes zu den seeversicherungsrechtlichen Vorschriften des HGB. ist die Revision der „Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen von 1867" noch nicht vollendet. Erschienen sind zwei Entwürfe, derjenige der Hamburger Assekuranzmakler, Allgemeine Seeversicherungsbedingungen von 1910 (Hamburg 1909), und derjenige einer von den deutschen Seeversicherern eingesetzten Kommission, Entwurf Allgemeiner deutscher Seeversicherungsbedingungen (Hamburg 1910). Zu letzterem: Gütschow, Bemerkungen zu dem ..... Entwurfe Allgemeiner deutscher Seeversicherungsbedingungen (Hamburg 1910); Ulrich, ZVersWiss. **11** 42 ff.

§ 778. MecklZ. **28** 28 ff. (Rostock). Die Seeversicherungspolice deckt nicht Feuerschaden an während des Schiffsumbaus an Land befindlichen Ausrüstungsgegenständen. S. JDR. **8** 690 zu 827.

§ 820. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 107, WarnE. **09** Nr. 418. Der Begriff des Krieges im Sinne des Seeversicherungsrechts deckt sich nicht mit dem Begriffe des Krieges im Sinne des Völkerrechts, begreift vielmehr auch solche gewalttätige, kriegsähnliche Handlungen, die von völkerrechtlich nicht anerkannten Mächten ausgehen, insbesondere also den Bürgerkrieg und revolutionäre Erhebungen. Dahin ist aber auch der „Aufruhr" zu zählen, der in der Police der „Revolution" und dem „Kriege" gleichgestellt ist .... Zum Aufruhr aber gehört ein dem Kriege ähnlicher Zustand. Wo ein mit Mitteln der Gewalt durchgeführter Kampf der Untertanen gegen die bestehende Staatsgewalt vorliegt, da ist man berechtigt, von Aufruhr zu sprechen. Wo es sich aber nicht um ein gewalttätiges Vorgehen gegen die Staatsgewalt handelt, wo bloße Plünderungen und sonstige Gewalttätigkeiten vorgekommen sind, da liegt versicherungsrechtlich eine andere Gefahr als die Kriegsgefahr vor, auch dann, wenn solche Plünderungen und Gewalttätigkeiten etwa durch ein momentanes Versagen der ordentlichen Staatsgewalt ermöglicht sind.

§ 854. HansGZ. **10** Hptbl. 47 (Hamburg). Ein Totalverlust des Schiffes ist auch dann als vorliegend zu erachten, wenn der Reeder deshalb verständigerweise in Gemäßheit des französischen oder italienischen Rechtes einem Schiffsgläubiger abandonniert hat. Dieser Totalverlust ist zu Lasten des Versicherers, wenn er durch ein Risiko, für das der Versicherer zu haften hat, mittelbar verursacht worden ist.]

§§ 854, 856. HansG.Z. **10** Hptbl. 120, ZVersWes. **10** 606 ff. (Hamburg). Die gesetzliche Begriffsbestimmung des Totalverlustes verlangt nicht absolute Unmöglichkeit, sondern nur Unwahrscheinlichkeit der Wiedererlangung. Handelt es sich um gesunkene Güter, so ist bei der Beurteilung auch das Verhältnis ihrer Hebungskosten zu ihrem Werte zu berücksichtigen. Was für die Versicherung der Güter gilt, hat auch für die des imaginären Gewinns zu gelten.

§ 884. HansGZ. **10** Hptbl. 89 (Hamburg). Die Konnossemente sollen nach § 884 Nr. 2 (ASVB. § 146 Nr. 2) zum Nachweise der Verladung der Güter dienen; sie sind aber kein genügender Beleg dafür, in welchem Zustande die Güter verladen sind.

§ 898. Kirchberger, GoldschmidtsZ. **68** 162 ff., 227. 1. § 898 handelt zwar nur von der Zahlungsunfähigkeit des Versicherers; bei der engen Verbindung zwischen Konkurseröffnung und Zahlungsunfähigkeit enthält er indessen, seinem Sinne nach, implizite eine Vorschrift über die Wirkung der Konkurseröffnung, weshalb die Vorschriften der §§ 17 ff. KO. gemäß § 25 KO. anwendbar sind.

2. Solange der Versicherte auf Grund des § 898 nicht zurücktritt, bleibt das Versicherungsverhältnis intakt, und zwar auch dann, wenn der Versicherte nach § 898 Deckungsversicherung nimmt. Der Versicherte ist Massegläubiger. Für die Anwendbarkeit des § 898 ist es ohne Einfluß, ob der Versicherer nach Konkurseröffnung neues Vermögen erwirbt oder nicht.

3. Nimmt der Versicherte Deckungsversicherung oder fordert er nach Rücktritt vom Vertrage die gezahlte Prämie zurück, so sind beide Ansprüche Konkursforderungen. Hat der Versicherte Deckungsversicherung genommen, so kann er mit der Forderung auf Ersatz der hierfür aufgewandten Kosten gegenüber der Prämienforderung des Konkursverwalters aufrechnen. Diese Ersatzforderung ist bereits vor Konkurseröffnung aufschiebend bedingt entstanden, und die Prämienforderung ist schon mit Abschluß des Versicherungsvertrags zur Entstehung gelangt.

4. § 898 ist auch bei der Versicherung für fremde Rechnung anwendbar. Die dem Versicherten gewährten Befugnisse stehen hier ihrer Ausübung nach dem Versicherungsnehmer zu.

5. Da § 898 im Grunde genommen eine gesetzesmäßige Anerkennung der **clausula rebus sic stantibus** für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder der Konkurseröffnung enthält, so wird man befugt sein, diese Vorschrift analog auf jede Rückversicherung anzuwenden, die nicht schon als Seeversicherung der Regelung des HGB. unmittelbar unterliegt.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 7. I. Pappenheim, Seerechtsstudien. Die Haftung des Staates aus der Verwendung von Seeschiffen im öffentlichen Dienste nach Art. 7 EGHGB., LeipzZ. **10** 417 ff., wendet sich gegen die Entscheidung des RG. vom 5. 1. 10 (**72** 347 ff., s. unten). Das Linienschiff „Zähringen" war im Jahre 1907 in der Kieler Föhrde mit einem Frachtdampfer durch Verschulden des Kapitäns des Kriegsschiffes zusammengestoßen und hatte ihn beschädigt. Dessen Reederei verklagte den Reichsfiskus auf Schadensersatz. Das RG. wies die Klage in letzter Instanz ab, nachdem die Vorinstanzen verurteilt hatten, weil ein Schadensersatzanspruch wegen der Beschädigung durch Kriegsschiffe nach Art. 7 EGHGB ausgeschlossen sei. Diese Ansicht ist nicht zutreffend, denn Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des Art. 7 EG. sprechen dafür, daß auch Kriegsschiffe darunter fallen. Es ergibt das auch das Gesetz selbst, namentlich auch der Ausschluß der Anwendung der Vorschriften über die Schiffsgläubiger, wenn ein Schiff nicht des Erwerbes wegen zur Seefahrt verwendet wird. Klage und Urteil gegen den Staat aus Art. 7 EGHGB. auf Zahlung des Schadensersatzes bis zur Höhe des Wertes, den das schuldige Schiff zur Zeit der Verursachung des Schadens gehabt hat, sind zulässig. (S. a. HGB. § 734 Ziff. 4a.)

II. Rechtsprechung. **RG. 72** 347 ff., JW. **10** 242 Nr. 29, R. **10** Nr. 457. Die Regelung der Haftung des Staates für Pflichtversäumnisse der Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt ist wegen ihres Zusammenhanges mit dem öffentlichen Rechte von der reichsrechtlichen Kodifikation des BGB. ausgeschlossen worden (Art. 77 EG.). Dieser Ausschluß bezieht sich nicht auf das Handelsrecht. Der Art. 7 EGHGB. über die Haftung für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung bezieht sich daher nicht auch auf Kriegsschiffe. Eine Anwendung der §§ 485, 486 HGB. würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen und ein Anspruch auf den Ersatz des durch den dienstlich handelnden Kommandanten eines Kriegsschiffes verschuldeten Zusammenstoß mit einem Kauffahrteischiff entstandenen Schadens von Schiff und Ladung ist ausgeschlossen. (S. a. HGB. § 734 Ziff. 4a).

Art. 22. S. zu § 18 HGB., R. **10** Nr. 2457.

Seerechtliche Nebengesetze.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

RG. 73 12. Die Seestraßenordnung ist ein den Schutz eines anderen, nämlich den der Schiffe und den der Seestraße, bezweckendes Gesetz im Sinne von BGB. § 823 Abs. 2. Wer daher durch Übertretungen dieses Gesetzes das Fahrwasser beschädigt, ist dem zur Unterhaltung desselben verpflichteten Staate schadensersatzpflichtig.

Art. 16. RG. HansGZ. **10** Hptbl. 43. Art. 16 schreibt bei Nebel usw. mäßige Geschwindigkeit vor. Hierbei kommt es nicht auf den Vergleich mit der vollen Geschwindigkeit an, und es ist auch nicht ausschließlich auf die Möglichkeit schnellen Stoppens Rücksicht zu nehmen. Wenn Art. 16 nicht mäßige Geschwindigkeit schlechthin vorschreibt, sondern zugleich sorgfältige Berücksichtigung der obwaltenden Umstände und Bedingungen verlangt, bringt er zum Ausdrucke, daß je nach den bestehenden Verhältnissen (Intensität des Nebels, Manövrierfähigkeit des Schiffes, Frequenz des Reviers) die Fahrt derartig geregelt werden muß, daß beim Insichtkommen eiues anderen Schiffes noch Zeit und Raum zum Ausweichen bleibt.

Art. 19. HansGZ. **10** Hptbl. 1 (Hamburg). Anwendbarkeit des Art. 19 auf den Fall, daß sich der Kurs eines stromaufwärts fahrenden Dampfers mit dem eines aus einem Hafeneinschnitte herauskommenden Dampfers kreuzt.

Art. 21. Hansa **10** 644 (Oberseeamt). Ein zum Kurshalten verpflichtetes Schiff, welches bei drohender Kollisionsgefahr zu früh ausweicht und dadurch zum Zusammenstoße beiträgt, macht sich ebensowohl eines Verstoßes gegen die Ausweichregeln schuldig wie ein zum Kurshalten verpflichtetes Schiff, welches im Falle einer Kollisionsgefahr überhaupt nicht oder zu spät ausweicht. Letzteres wird sich sogar im Punkte der Beweislast meist in einer besseren Lage befinden als das erstere.

Art. 23. HansGZ. **10** Hptbl. 94 (Hamburg). Art. 23 gilt nicht für überholende Schiffe (ebenso Court of Appeal, Hansa **10** 1204).

Art. 25. RG. HansGZ. **10** Hptbl. 34. Ein Satz, daß bei der Schiffahrt auf Flüssen ein die rechte Seite haltender Dampfer unbedingt stoppen und sich abwartend verhalten müsse, wenn ein ihm entgegenkommender Dampfer gegen die gesetzliche Vorschrift Linksruder gibt, läßt sich nicht aufstellen.

Gesetz, betr. die Untersuchung von Seeunfällen vom 27. Juli 1877.

§ 26. RG. Hansa **10** 850, HansGZ. **10** Hptbl. 70. Die Seeämter sind zwar nicht zuständig, einem Lotsen die Ausübung des Lotsengewerbes zu untersagen; sie können aber auch dem Lotsen die Schiffer- und Steuermannsbefugnis entziehen.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§ 25. 1. **RG. 73** 8 ff. a) Der § 25 StrandO. regelt, und zwar vollständig und abschließend (**RG. 64** 200), die Befugnisse der Behörde in betreff der Beseitigung von Schiffshindernissen. Die Behörde hat danach das Recht, sich — von Ausnahmen abgesehen — zur Deckung der Räumungskosten an die beseitigten Gegenstände zu halten; dagegen wird ihr nicht das Recht gewährt, den Eigentümer der Gegenstände persönlich in Anspruch zu nehmen. Nicht berührt wird damit aber die Frage, ob die Behörde nicht gegen den Eigentümer oder einen Dritten einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Und das kann sie gegenüber dem Schuldigen nach BGB. § 823 Abs. 2; das „den Schutz eines anderen bezweckende Gesetz" ist die Seestraßenordnung, ob außerdem das interdictum ne quid in flumine publico fiat, kann dahingestellt bleiben. b) Der Begriff des Fahrwassers wird vom Gesetze nicht bestimmt umgrenzt, man hat darunter dem natürlichen Wortsinn entsprechend das von Schiffen regelmäßig befahrene Wasser, die dem Schiffsverkehre dienende Wasserfläche, zu verstehen; unrichtig ist es daher, den Begriff auf das durch Seezeichen begrenzte Fahrwasser zu beschränken.

2. **RG. 74** 364 ff. „Kosten der Beseitigung" im Sinne des § 25. Die Behörde hat das Recht, die Hebung selbst und so zu bewerkstelligen, wie sie es nach Maßgabe der ihr anvertrauten Interessen für zweckmäßig erachtet. In erster Linie kommt für sie der Zweck der Erhaltung des Fahrwassers und der möglichst geringen Beeinträchtigung der übrigen Schiffahrt in Betracht. Das Interesse der Eigentümer von Wrack und Ladung wird genügend dadurch gewahrt, daß sie niemals über den versicherten Wert der gefundenen Gegenstände hinaus haftbar gemacht werden können. Nur die Einrede steht ihnen zu, daß die Kosten durch unsachgemäßes Hebungsverfahren gesteigert seien. Zu den Beseitigungskosten gehören auch Kranken-, Unfall- und Invaliditätsversicherungsbeiträge, Reisekosten der Aufsichtsbeamten, Ansätze für Abnutzung der Bergungsgerätschaften und ein Aufschlag für allgemeine Verwaltungskosten.

§§ 37, 38. SchlHolstAnz. **10** 253 ff. (Kiel). 1. „Beteiligte" im Sinne der §§ **38** ff. sind nicht nur die Personen, die am strandamtlichen Verfahren teilgenommen haben, sondern alle diejenigen, die einen Anspruch auf Hilfs- oder Bergelohn haben oder gegen welche ein solcher Anspruch besteht.

2. Die Vorschrift, daß der Strandamtsbescheid jedem Beteiligten zu Protokoll bekannt zu machen oder zuzustellen ist, ist nur eine Ordnungsvorschrift und bestimmt keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage.

Schiffsvermessungsordnung vom 1. März 1895.

Literatur: Herner, Die Schiffsvermessung und ihre wirtschaftliche Bedeutung, Hansa **10** 941 ff., 965 ff.

§§ 1 ff. **RG. 74** 134. Die Schiffsvermessungsordnung ist, auch soweit sie sog. Rechtsverordnung ist, also den Reedern, Erbauern und Führern von Schiffen, Verpflichtungen auferlegt und Gebühren ansetzt, gemäß Art. 54 RV. rechtsgültig vom Bundesrat erlassen.

§ 33. **RG. 74** 135. Durch die Schiffsvermessung soll neben der Identität des Schiffes seine Ladefähigkeit, die die Grundlage für verschiedene Abgaben bildet und im Meßbuch bescheinigt wird, festgestellt werden. Die Ladefähigkeit wird durch Vermessung des Rauminhalts des Schiffes ermittelt. In den Bruttoraumgehalt wird der Raumgehalt aller gedeckten und *geschlossenen*, in dauernd angebrachten Aufbauten auf dem obersten Decke belegenen Räume einvermessen, die zur Stauung von Gütern dienen können. Ein Schiffsaufbau wird zu einem geschlossenen und zu diesem Zwecke verwendbar, sobald er

mit einem festen Verschlusse versehen ist. In diesem Falle muß er bei Ausstellung des Meßbriefs berücksichtigt werden. Daraus folgt, daß von der Anbringung eines derartigen Verschlusses, weil dadurch eine bauliche Veränderung geschaffen wird, Anzeige gemacht werden muß.

§ 36. **RG. 74** 136 ff. 1. Wenn die zehnfache Abgabe des § 36 Nr. 5 auch mehr das Wesen einer Strafe als das einer Gebühr zeigt, so kann sie, da die Vermessungsordnung sie als Strafe weder bezeichnet noch behandelt, als Strafe im Rechtssinne nicht angesehen oder nach Voraussetzungen und Wirkungen als solche beurteilt werden. Insbesondere ist § 59 StGB. nicht anwendbar.

2. Die Gebühr nach § 36 Nr. 5 bemißt sich, da in Nr. 5 nur auf Nr. 1, nicht auch auf Nr. 3 verwiesen ist, nach der Kubikmeterzahl des Bruttoraumgehalts des ganzen Schiffes, nicht des nachvermessenen Einzelraums.

3. Damit die Gebühr des § 36 Nr. 5 erwächst, ist nicht erforderlich, daß dem Verpflichteten ein Verschulden nachgewiesen ist. Die Frage, ob wegen der strafähnlichen Natur der zehnfachen Gebühr dem Pflichtigen die Verteidigung und der Nachweis zu verstatten sei, daß das Unterbleiben der Anzeige auf keinem von ihm zu vertretenden Verschulden beruhe, wird dahingestellt gelassen.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§ 108. SchlHolstAnz. **10** 193 (Kiel). § 108 ist ein den Schutz des Reeders bezweckendes Gesetz. Der ihm zuwiderhandelnde Seemann verstößt daher nicht nur gegen seine Verpflichtungen aus dem Heuervertrage, sondern macht sich auch aus BGB. § 823 Abs. 2 schadensersatzpflichtig.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser-Wilhelms-Kanal. 1. HansGZ. **10** Hptbl. 19 (Hamburg). Der Mieter eines Fahrzeugs, der es durch seinen Schlepper schleppen läßt, haftet dem Vermieter für Verschulden der Schlepperbesatzung und auch für das des von ihm kraft obrigkeitlicher Verordnung angenommenen Kanallotsen (Zwangslotsen).

2. **RG. 74** 364 ff. Fahrwasser im Sinne von StrandO. § 25 ist auch der Kaiser-Wilhelms-Kanal, weil er eine von Seeschiffen befahrene Schiffahrtsstraße ist.

3. **RG. 74** 251 ff. Aus Verschulden der Kanallotsen haftet der Reichsfiskus außerkontraktlich nach Maßgabe von BGB. § 831. ➜ Anders noch OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **10** 345 ff., das eine Haftung aus §§ 31, 89 BGB. angenommen hatte. Red. ⟵

4. SchlHolstAnz. **10** 23 (Kiel). Der Kanalsteurer steht rechtlich dem Zwangslotsen nicht gleich. Er gehört zur Schiffsbesatzung.

§§ 1, 3, 4, 92. Pappenheim, LeipzZ. **10** 417 ff., führt aus, daß die Vorschriften des BinnenSchG., aus denen sich die Haftung des Fiskus für seine zur Binnenschiffahrt bestimmten und verwendeten Schiffe ergebe, eine Ausnahme zu Art. 77 EGBGB. darstellten. Der Fiskus hafte aber in den Fällen beschränkter Haftung nicht dinglich mit dem Schiffe, sondern beschränkt persönlich bis zur Höhe des Wertes des Schiffes zur Zeit der Entstehung des Anspruchs. Dementsprechend habe Klagantrag und Urteil zu lauten. (S. a. EGHGB. Art. 7 zu I.)

§§ 1, 119. RJA. **10** 138, R. **10** Nr. 277 (KG.). „Schiffe“ sind alle Fahrzeuge, die zur Schiffahrt verwendet und nach dem allgemeinen Sprachgebrauche sowie nach ihrer Größe als Schiffe bezeichnet werden. Nur gewöhnliche Boote, Nachen, Gondeln und ähnliche kleine Fahrzeuge, die zur Lustfahrt oder zum

Übersetzen von Personen benutzt zu werden pflegen, fallen nicht unter das Gesetz. Die Fähigkeit zur eigenen Fortbewegung gehört nicht zu den notwendigen Merkmalen eines Schiffes, ebensowenig das Vorhandensein von Steven oder Steuer.

§ 3. 1. HansGZ. **10** Hptbl. 97 (Hamburg). Ist ein kontraktlicher Schadensersatzanspruch gegen den Verfrachter verjährt, so können gegen ihn auch nicht mehr außerkontraktliche Ansprüche der Ladungseigner aus BinnenSchG. § 3 erhoben werden, und zwar auch dann nicht, wenn Befrachter und Ladungseigner nicht identisch sind.

2. SeuffA. **65** 194 (Hamburg). Vgl. HGB. § 485 Ziff. 1.

§ 4. 1. Poetsch, GoldschmidtsZ. **68** 40 ff. Der gemäß HGB. § 432 als Samtfrachtführer in Anspruch genommene Schiffseignerfrachtführer kann nicht unter Berufung auf BinnenSchG. § 4 verlangen, daß er lediglich zur Zahlung der Schadensersatzsumme bei Vermeidung der Vollstreckung in Schiff und Fracht verurteilt werde. Dies hat vielmehr nur dann zu geschehen, wenn er nachweist, daß der Schaden beim Schiffstransport entstanden ist. Steht dies fest, so haftet er nur bis zu dem Betrage, der bei einer Zwangsvollstreckung in Schiff und Fracht des Schiffseigners herauskommen würde.

2. OLG. **20** 2 (Hamburg). Der Schiffseigner haftet persönlich für Verschulden in der Auswahl von Hilfspersonen, soweit nicht diese Auswahl unter die zu den Dienstobliegenheiten der Schiffers gehörige Ausführung des Vertrags fällt.

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt. 1. HansGZ. **10** Hptbl. 3 (Hamburg). Die Formierung des Schleppzugs ist ausschließlich Sache des Schlepperführers. Daher besteht ein Schadensersatzanspruch des geschleppten Schiffes gegen den Schlepper, wenn es infolge der unvorschriftsmäßigen Breite des Schleppzugs zu Schaden gekommen ist.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 15 (Hamburg). Der Schleppvertrag setzt als Unterart des Werkvertrags Entgeltlichkeit der Leistung voraus. Wo eine unentgeltliche Schleppung auf Grund eines angenommenen Angebots stattfindet, liegt ein im Gesetze nicht ausdrücklich geregeltes Schuldverhältnis vor, auf das die Vorschriften über den Werkvertrag entsprechende Anwendung zu finden haben. Daher die Exkulpationspflicht des Schleppers nach BGB. § 282.

3. HansGZ. **10** Hptbl. 134 (LG. Hamburg). Auch nach Verjährung des Anspruchs aus dem Schleppvertrage kann ein Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden. Beweispflichtig ist, anders als bei Ansprüchen aus dem Schleppvertrage, der Kläger.

§ 26. **RG.** LeipzZ. **10** 156. Frachtvertragsklausel „Betriebsstörung, insbes. auch durch . . . Streik . . . entbindet von der Ausführung übernommener Transporte für die Dauer dieser Betriebsstörung". Unter Streik versteht man eine vollständige Arbeitseinstellung . . . . Es unterliegt aber auch keinem Bedenken, von einem (partiellen) Streik zu sprechen, wenn einzelne Angestellte eine Arbeit mit Rücksicht auf bestehende Lohnkämpfe verweigern und anzunehmen ist, daß die anderen Angestellten dasselbe tun werden.

§ 29. OLG. **20** 5 (Hamburg). Verpflichtet sich der Schiffer, die Ladung aus einem bestimmten, noch zu erwartenden Seedampfer zu nehmen, dann geht die Absicht der Parteien dahin, die gesetzliche Vorschrift über den Beginn der Ladezeit dahin abzuändern, daß diese erst mit dem Eintreffen jenes Dampfers beginnt. Den Schiffer trifft also die Gefahr der verspäteten Ankunft des Dampfers.

§ 41. HansGZ. **10** Hptbl. 38 (Hamburg). § 41 gibt dem Frachtführer kein klagbares Recht auf Lieferung der Güter auf das Schiff; aus seiner Nichtbe-

achtung resultiert nur ein Fautfrachtanspruch. Liefert aber der Absender die Güter auf das Schiff, so hat er dafür einzustehen, daß hierbei die im Verkehr übliche Sorgfalt nicht außer acht gelassen wird; und wenn er sich fremder Hilfe bedient, so haftet er für deren Verschulden.

§ 46. 1. OLG. **20** 4 (Hamburg). Der Schiffer darf den Löschplatz wechseln, wenn durch die Weiterlöschung an der angewiesenen Stelle eine Gefährdung seines Schiffes oder außergewöhnliche Schwierigkeiten zu befürchten sind. Konnte er diese Umstände aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt, als er den Löschplatz annahm, voraussehen, so ist er schadensersatzpflichtig.

2. SpeduSchiffZ. **10** 220 (KG.). Kann der Schiffer aus persönlichen Gründen nicht ganz am bezeichneten Entladeplatze löschen, z. B. weil sein ganz leeres Schiff nicht mehr den Rückweg unter der Eisenbahnbrücke hindurch hätte nehmen können, so ist er berechtigt, an anderer angemessener Stelle die Löschung zu beendigen; er muß aber dann auf seine Kosten die Waren zum Entladeplatze schaffen lassen.

§§ 47 ff. R. **10** Nr. 2737 (Stettin). Liegegeld kann der Schiffer nicht beanspruchen, der sich löschbereit meldet, obschon er es tatsächlich nicht ist, weil er an die einzige am Bestimmungsorte vorhandene Löschstelle wegen deren Überfüllung nicht herankommen kann. Entscheidend für die Frage, ob Löschbereitschaft im Sinne des Gesetzes vorhanden ist, kann nur sein, ob das Schiff fertig und bereit zum Löschen daliegt oder doch unverzüglich an der Löschstelle anzulegen in der Lage ist. Löschbereitschaft in diesem Sinne ist aber die Voraussetzung für Beginn und Lauf der Löschzeit und damit auf den Anspruch auf Liegegeld.

§ 48. SpeduSchiffZ. **10** 125 (Gutachten der HK. Berlin). Nach dem im Berliner Kohlenschiffahrtsverkehre bestehenden Handelsgebrauch ist der Schiffer nicht verpflichtet, über die ortsübliche Arbeitszeit, d. h. über 6 Uhr abends hinaus, zu löschen.

§ 49. SpeduSchiffZ. **10** 670, R. **10** Nr. 3848 (Hamburg). Bei mehreren Empfängern einer in einem Schiffe im ganzen verfrachteten Ladung kann sich der Schiffer wegen des Überliegegeldes an jeden der Teilempfänger halten. Der vom Schiffer in Anspruch genommene Teilempfänger hat jedoch einen Regreßanspruch gegen denjenigen Mitempfänger, welcher bei der Löschung seiner Ladung den seiner Teilladung entsprechenden Teil der freien Liegezeit überschritten hat. Dieser kann sich von seiner Ersatzpflicht nicht durch den Nachweis befreien, daß er das Überliegen nicht verschuldet habe. Vgl. JDR. **7** 693 zu HGB. § 614.

§ 52. OLG. **20** 6 (KG.). Zu der in Abs. 2 vorgeschriebenen Inkenntnissetzung des Absenders genügt nicht Absendung eines Schreibens an ihn; vielmehr ist der Zugang desselben erforderlich.

§ 58. 1. Allgemeines. **a)** Geltendmachung fremden Schadens durch den Absender vgl. HGB. § 606 unter Ziff. 1 b. **b)** MecklZ. **28** 195 (Rostock). Der Entlastungsbeweis des § 58 braucht nicht derart geführt zu werden, daß der Frachtführer die abstrakte Unmöglichkeit der Schadensverhütung dartun muß. Vielmehr muß der hohe Grad von Wahrscheinlichkeit, der bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entsteht, als Wahrheit gelten.

2. Freizeichnungen. **a)** OLG. **20** 1 (Hamburg). Die Klausel des Ladescheins „nicht verantwortlich für Qualität und Gewicht, frei von Beschädigung" schließt nicht jede Haftung für Verlust und Beschädigung aus. Sie bezieht sich nicht auf Verlust. Anlangend Beschädigung, befreit sie den Frachtführer nur von der Pflicht, die Entstehungsursache des Schadens aufzuklären und den Exkulpationsbeweis des § 58 zu führen; sie läßt aber seine weitere Haftpflicht, besonders

wegen fahrlässiger Beschädigung, unberührt. **b)** **RG.** JW. **10** 952, Hansa **10** 1128, HansGZ. **10** Hptbl. 128. Freizeichnung von der Haftpflicht, welche für Schiffahrtsunfälle auf Grund des Frachtvertrags beansprucht werden könnte, umfaßt auch eine Haftpflicht, welche sowohl auf den Frachtvertrag als auch auf die gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen gegründet werden kann.

3. Verfrachtungsbedingungen der Elbschiffahrtsgesellschaften. **a)** HansGZ. **10** Hptbl. 24 u. 40 (Hamburg). Schiffahrtsunfall im Sinne des § 87. (Vgl. JDR. 8 694.) Für die Anwendung des § 87 ist überhaupt kein Raum, solange der Verfrachter nicht die Ursache des Schadens aufgeklärt hat. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 303. Freizeichnung gemäß § 87. Das Herauslaufen von Schwefelsäure aus einem mitbeförderten Fasse ist weder ein „Schiffahrtsunfall" noch eine „Explosion" im Sinne des § 87. **c)** HansGZ. **10** Hptbl. 118 (Hamburg). § 98 begrenzt die Haftung mit Schiff und Fracht wegen Verlustes oder Beschädigung des Frachtguts auf 10 000 M. Er setzt also voraus, daß Frachtgut einer bestimmten Schiffsladung verloren gegangen oder beschädigt ist. Mithin kommt er nicht zur Anwendung, wenn sich die Ersatzpflicht auf Güter bezieht, bezüglich deren nicht festgestellt ist, daß der Frachtführer sie entgegengenommen hat.

§ 59. SpeduSchiffZ. **10** 680 (Gutachten der HK. Berlin). Es ist im allgemeinen Schiffsverkehre weder zulässig noch üblich, gesalzene Rindhäute ohne Einverständnis des Verladers auf Deck zu verladen, selbst wenn die Häute mit wasserdichten Persennings vollständig bedeckt werden.

§ 61. 1. MecklZ. 28 196 (Rostock). Annahme im Sinne des § 61 ist die Übernahme des Gutes auf Grund des ausgeführten Transports, nicht aber die Bergung des verunglückten Frachtguts.

2. SpeduSchiffZ. **10** 125 vgl. 599 (Gutachten der HK. Berlin). Ein Handelsgebrauch, nach welchem im Verhältnisse zwischen Schiffer und Empfänger in der Vereinbarung der Löschung durch Elevator (auch wenn nicht ausdrücklich Verwiegung durch automatische Wage vereinbart ist) ein Verzicht auf das im § 61 festgesetzte Recht, die Verwiegung unter Zuziehung eines Sachverständigen zu verlangen, liegt, besteht nicht. Trotzdem kann bei Entlöschungen von Getreide der Schiffer nach kaufmännischer Auffassung, mit Rücksicht auf Treu und Glauben, die Feststellung des Gewichts durch amtlich bestellte Sachverständige nicht mehr fordern, wenn vereinbarungsgemäß das Getreide mit dem Elevator aus dem Schiffe gehoben und verwogen ist. Da Getreide meist sofort nach der Verwiegung vermischt oder in den Konsum überführt wird, ist die nachträgliche Feststellung eines Gewichtsverlusts technisch unmöglich. Diese Verhältnisse sind auch dem Schiffer hinlänglich bekannt. ➸ Ähnlich ZVersWes. **10** 577 (KG.). Weitergehend Urteil des KG., ZVersWes. **10** 638, nach welchem die Aufnahme der Elevatorklausel stets die Bedeutung eines Verzichts auf die Vorschriften des § 61 BinnenSchG. habe. Red. ⇜

§ 78. SpeduSchiffZ. **10** 590 (Stettin). Die Bewachungskosten eines beladenen Schiffes gehören zur großen Haverei, und zwar nicht nur die an die Schiffsmannschaft oder an Hilfskräfte gezahlten Löhne, sondern auch die Vergütung für den das Schiff selbst führenden Schiffseigner, wenn dieser sich persönlich der Überwachung des beladenen Fahrzeugs unterzogen hat. Denn das Interesse der Ladungsbeteiligten wird regelmäßig dadurch besser gewahrt als durch Übertragung der Überwachung an andere.

§ 79. OLG. **20** 7 (Hamburg). Verwendung eines ungeeigneten Kahnes und Angabe eines unrichtigen Revisionsattestes als Verschulden des Schiffers im Sinne von § 79.

§ 82. Literatur: Ritter, Die Niederlegung der Wehre als Voraussetzung großer Haverei, LeipzZ. **10** 337 ff.

Zu Nr. 5. Ritter aaO. 343. 1. Wird das Schiff bei Eintritt von Winterfrost durch Anordnung der Behörde genötigt, einen Zwischenhafen aufzusuchen, so liegt ein Fall der großen Haverei nicht vor, weil es an der Freiwilligkeit des Opfers mangelt. Will man dennoch die Freiwilligkeit annehmen, so würden gemäß § 83 die durch den Aufenthalt am Zwischenort entstandenen Kosten und Schäden nicht zur großen Haverei gehören.

2. Nach Nr. 5 bleibt der Eintritt des Winterfrostes ein selbständiges Havereiereignis, dessen Folgen deshalb nicht die Folgen anderer selbständiger Ereignisse, wie die von Verfügungen der Behörde, gleichgestellt werden können.

§ 95. HansGZ. **10** Hptbl. 80, 130 (Hamburg). Der Anspruch auf Hilfslohn steht nur dem Eigner des rettenden Schiffes, nicht pro rata dessen Besatzungsmitgliedern zu. Diese haben nur einen Anspruch auf Verteilung gegen ihren Schiffseigner.

§ 97. HansGZ. **10** Hptbl. 106 (LG. Hamburg). Die geretteten Gegenstände haften für den Berge- bzw. Hilfslohn solidarisch.

§ 128. Literatur: R. **10** 165 ff.: Zur Ausdehnung des Schiffsregisters in Preußen.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Literatur: Gordan, Das Verhältnis der Eisenbahn zur Post nach deutschem Rechte, EisenbE. **26** 234 ff. — Hollender, Die Postvollmacht. — Illemann, Haftpflicht der Post- und Telegraphenverwaltung und ihrer Beamten für Postsendungen, Telegramme, Ferngespräche im Inlands- und Auslandsverkehre. — Kohl, Scheckgesetz und Postscheckordnung für das Deutsche Reich nebst den Scheckgesetzen des Auslandes unter Berücksichtigung des am 1. April 1909 in Kraft getretenen Wechselstempelgesetzes. — Lohmann, Das Briefbeförderungsgeschäft der Reichspost. — Mantzke, Die Verzollung im Post-, Eisenbahn- und Schiffsverkehre. — Müller u. Semmelroth, Jahrbuch für Verkehrsbeamte — Naß u. Reik, Der Verzollungsdienst der Eisenbahnen. — Nawiasky, Deutsches und österreichisches Postrecht. — Semmelroth, Untersuchungen über die Grundlagen und die Organisation des internationalen Zahlungsverkehrs der Post. — Troje, Das Vereinszollgesetz, neu bearbeitet und vervollständigt von Duffe.

Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 / 20. Dezember 1899.

§ 2. RG. EisenbE. 27 89. Die Bestimmung des § 2 über die expressen Boten bezieht sich nur auf § 1 (Fernverkehr), nicht auch auf § 1a (Ortsverkehr). Unter Privatbeförderungsanstalten im Sinne des § 2a sind nicht bloß Privatbriefbeförderungsanstalten verstanden, sondern alle organisierten Einrichtungen, deren Betrieb Beförderungen irgendwelcher Art bezweckt. Die Gleichstellung einer Eilbotengesellschaft mit einem Dienstmannsinstitute, das in der Regel, solange [es sich nicht zu einer Privatbeförderungsanstalt in vorstehendem Sinne ausgebildet hat, nicht unter § 2a fällt, trifft nur dann zu, wenn die Eilbotengesellschaft sich darauf beschränkt, ihre Boten als Arbeiter zu persönlichen Dienstleistungen jeder Art auf gewisse Zeit zur Verfügung zu stellen. Umfaßt ihr Gewerbebetrieb im allgemeinen aber den Abschluß von Beförderungsverträgen, so ist sie auch in den Einzelfällen, in denen ein solcher Beförderungsvertrag nicht abgeschlossen, sondern ein Bote zu beliebigen Diensten zur Verfügung gestellt und vom Besteller für Beförderung eines verschlossenen Briefes verwendet wird, als Privatbeförderungsanstalt zu betrachten.

Postpaketabkommen des Weltpostvereins vom 15. Juni 1897. PostO. § 39.

§ 6. LeipzZ. **10** 790 (Hamburg). Wird eine nach dem Auslande gehende Postpaketsendung, während sie sich im Gewahrsam der Zollbehörde befindet, be-

schädigt oder beraubt, so ist die Post ersatzpflichtig. § 6 PostG. und das Postpaketabkommen des Weltpostvereins ist in diesem Falle ausschließlich anwendbar, § 39 XV. DPostO. findet keine Anwendung. Nach den erstgenannten Bestimmungen ist es für die Ersatzpflicht der Post gleichgültig, ob das Postgut die Grenze überschritten hatte und ob die Beschädigung während der Postbeförderung oder auf dem ausländischen Postamt erfolgt ist. Der § 39 PostO. kann, da er überhaupt nur von der Empfangnahme der Postgüter durch den Empfänger handelt, naturgemäß nur auf Postsendungen angewandt werden, die im Inlande zu empfangen sind und einer deutschen Zoll- oder Steuerbehörde ausgeliefert werden. Über die zollamtliche Behandlung der ins Ausland versandten Güter konnte und wollte die PostO. nichts bestimmen. Wäre dies dennoch der Fall, so würde diese Bestimmung doch für den Weltpostverkehr durch Art. 13 Nr. 8 des Postabkommens ausgeschaltet sein. Die Anwendung der PostO. kann auch nicht auf Art. 16 des Abkommens gestützt werden. Dieser läßt das inländische Recht in Geltung, soweit die Übereinkunft nichts bestimmt hat. Diese Ausnahme trifft hier nicht zu. Das Übereinkommen hat die Entschädigungspflicht völlig und erschöpfend geregelt. Hätte es im internationalen Verkehre für zollamtlich zu behandelnde Postsendungen Ausnahmen von der Entschädigungspflicht schaffen wollen, so hätte es darüber Bestimmungen treffen müssen, daß dies nicht geschehen ist, ist ein Beweis dafür, daß es nicht hat geschehen sollen.

§§ 11, 12. RG. EisenbE. **27** 69. Ein Posthalter, der nach dem mit der Postverwaltung abgeschlossenen Vertrage die Postpferde selbst zu stellen hat, haftet selbständig als Tierhalter. Seine Haftung als solche wird durch die Vorschriften des Postgesetzes nicht berührt.

§ 14. EisenbE. **26** 285, SeuffA. **64** 435 (Hamburg). Die Verjährungsfrist des § 14 umfaßt alle Fälle einer Haftung der Postverwaltung aus § 6, also auch den Fall der Garantie für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge, und nicht nur diejenigen Fälle, die noch einmal im einzelnen in den §§ 8—11 behandelt sind.

§ 33. RG. EisenbE. **26** 288. Die Zustellung der Postpaketadresse einer ausländischen Sendung verleiht dem Empfänger kein Recht auf die Sendung, sondern dient nur zur Benachrichtigung des Adressaten von der Ankunft einer für ihn bestimmten Sendung und weiterhin als Ausweis zur Empfangsberechtigung für den Abholenden. Verweigert der Empfänger dann auf der Post die Sendung, so hat er sie noch nicht „ausgehändigt“ oder übersandt erhalten und braucht sie daher nicht zu versteuern.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Der Bericht über die Reformbewegung, welche die Grundlagen der Gerichtsverfassung und des Zivilprozesses betrifft, findet sich in der allgemeinen Vorbemerkung zur ZPO. S. 660 unter B. — Die Novelle von 1909 ist bei § 495 ZPO. behandelt, die Literatur über die Entlastung des Reichsgerichts beim neunten Titel der ZPO.

Literatur: Becker, Zulässigkeit des Rechtswegs bezüglich der Anforderung oder Rückforderung von Reichsverbrauchssteuern, R. **10** 307. — Hartmann, Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, HansGZ. **10** Beibl. 301. — Hartmann, Über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, DJZ. **10** 1259. — Sieveking, Über die Grenzen des öffentlichen Rechtes und über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, HansGZ. **10** Beibl. 181.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. I. Allgemeines über die Zulässigkeit des Rechtswegs, Unterschied zwischen bürgerlichen und öffentlichen Rechtsstreitigkeiten. 1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit. a) Sieveking, HansGZ. **10** Beibl. 181, erörtert, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zu definieren ist als eine Streitigkeit auf privatrechtlicher Grundlage oder als eine Streitigkeit privatrechtlicher Natur, auch auf öffentlich-rechtlicher Grundlage. Nach seiner Meinung sind Klagen auch auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, soweit sie nach privatrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden sind, als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten anzusehen, die auch Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zugewiesen sein können. So werden als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten von der Praxis behandelt die Klagen von Staatsbeamten auf Gehalt, die Klagen auf Rückzahlung öffentlicher Abgaben, Entschädigungsklagen gegen den Staat, insbesondere die Klage auf Grund von §§ 24 f. Hamburg. VerhältnisG. gegen Verwaltungsbehörden wegen Verletzung von Privatrechten. Hinsichtlich der Klage auf Abhilfe bemerkt Sieveking, daß sie nicht so aufzufassen ist, daß das Gericht auch die Befugnis habe, die Verfügung einer Verwaltungsbehörde aufzuheben. **b)** Hierzu Hartmann, HansGZ. **10** Beibl. 301, der sich insbesondere gegen Sievekings Ansicht über die Klage auf Abhilfe wendet. **c)** Hartmann, DJZ. **10** 1259. Gegen Gaupp-Stein (10) verteidigt Hartmann seine Auffassung, daß es nur einen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gibt, nämlich den der privatrechtlichen Streitigkeiten. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten können niemals in ihr Gegenteil, in bürgerliche Rechtsstreitigkeiten verwandelt werden. Ohne § 4 EGGVG. wäre überhaupt die Zuweisung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten an die Zivilgerichte gar nicht zulässig, so wenig wie umgekehrt ohne die Ausnahmebestimmung im § 13 GVG. die Zuweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an die Verwaltungsgerichte oder Verwaltungsbehörde zulässig wäre. **d) RG.** HansGZ. **10** Beibl. 180, WarnE. **3** 184 in Bestätigung von OLG. Hamburg, JDR. **8** Nr. 4 b η. Der Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" ist im § 13 offengelassen und seine nähere Bestimmung den einzelnen Landesrechten freigegeben. **e) RG.** VII. **74** 191, JW. **10** 947 Nr. 29. Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche sind stets zu den bürgerlichen Rechtsstreitigteiten zu rechnen und deshalb dem ordentlichen Rechtsweg unterworfen, soweit nicht die im § 13 bestimmten Ausnahmen zutreffen.

2. Öffentliche Rechtsstreitigkeiten. SächsOLG. **31** 469 (Dresden). Ein öffentliches Rechtsverhältnis liegt dann vor, wenn der einzelne nicht als solcher dem einzelnen oder dem Ganzen (Staat, Gemeinde), sondern als Glied des Ganzen diesem gegenübersteht. Daraus folgt, daß es nicht darauf ankommt, ob die Verpflichtung, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, in einer Norm des öffentlichen Rechtes wurzelt, sondern darauf, ob es sich um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohls oder die hiervon unabhängige individuelle Rechtssphäre des einzelnen handelt.

3. Verletzung von Privatrechten. **RG.** JDR. **8** Nr. 2 g jetzt auch HansGZ. **10** Beibl. 168.

4. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 161. Es handelt sich nicht um die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern um sachliche Einreden und demgemäß auch um eine sachliche Entscheidung, wenn das Gericht seine Entscheidung auf die Annahme stützt, der Beklagte habe das Namensrecht des Klägers nicht verletzt und es stehe dem Kläger das Recht auf Führung des Namens nicht zu. Nicht zu beachten sind demgegenüber die weiteren Ausführungen des Ge-

richts, es könne die Zulässigkeit des Rechtswegs nach dem zugrunde liegenden Sachverhalte nicht ausgesprochen werden, ferner der Kläger könne, da er in seiner Rechtsstellung nicht verletzt sei, die Zulässigkeit der Zivilklage nicht auf das Hamburg. G. vom 23. April 1879 stützen.

5. **RG.** VII **74** 242, JW. **10** 947 Nr. 30. Da das Entschädigungsfestsetzungsverfahren durch eine Vereinbarung mit dem Eigentümer gemäß § 26 EnteignungsG. ohne Festsetzungsbeschluß erledigt worden ist und ferner der Antrag des Klägers, eines als Pächter nach § 11 Nebenberechtigten, das Festsetzungsverfahren über seine Entschädigung fortzusetzen, abgelehnt ist, muß dem Kläger, soll er nicht rechtlos gestellt sein, der ordentliche Rechtsweg als das einzige Mittel, über seine Ansprüche eine Entscheidung herbeizuführen, offen sein.

6. HansGZ. **10** Beibl. 213 (Hamburg). Für Klagen wegen Verletzung des Reichsdoppelbesteuerungs G. vom 22. März 1909 kann der Rechtsweg durch Vorschriften der Einzelstaaten nicht weiter eingeschränkt werden, als das Reichsgesetz es erlaubt. Nach § 6 G. steht der Klage nicht entgegen, daß die im Landesgesetze vorgesehenen ordentlichen Rechtsmittel nicht rechtzeitig oder erfolglos eingelegt sind. Im Gegenteile darf eine Klage wegen Doppelbesteuerung noch innerhalb eines Jahres nach der endgültigen Feststellung der Doppelbesteuerung erhoben werden.

7. **a)** BayRpflZ. **10** 292 (BayKompKonflGH.). Wenn jemand aus seinen eigenen Mitteln die öffentlich-rechtliche Verpflichtung eines anderen erfüllt und von diesem auf Grund der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz verlangt, so hängt die Entscheidung über den Ersatzanspruch von dem Bestand oder Nichtbestande der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung ab. Deshalb muß die Entscheidung nach denselben Grundsätzen und durch dieselben Organe erfolgen, wie wenn der Verpflichtete erst auf Erfüllung der Leistung zu belangen wäre. Demzufolge bestimmt sich die rechtliche Natur des Ersatzanspruchs — ob er nämlich dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Rechte angehört — nach der Natur des Hauptanspruchs, aus dessen Befriedigung das Recht auf Ersatz abgeleitet wird. **b)** Hierzu bemerkt von der Pfordten, ebenda 293: Soll in dieser Entscheidung der allgemeine Satz aufgestellt werden, daß jeder, der die öffentlich-rechtliche Verpflichtung eines anderen erfüllt, seine Ersatzforderung in dem Rechtszuge geltend machen müsse, in dem über den Bestand des erfüllten Anspruchs zu entscheiden gewesen wäre, so kann das nicht richtig sein. Man wird vielleicht zwischen den Fällen unterscheiden müssen, in denen der Erfüllende an dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis irgendwie beteiligt ist, und den Fällen, in denen der Zahlende von dem öffentlich-rechtlichen Anspruch in gar keiner Weise betroffen wird.

8. Die durch § 24 Abs. 2 HambExpropriationsG. v. 5. Mai 1886 eingesetzte Schätzungskommission. HansGZ. **10** Beibl. 129 (Hamburg) unter Aufhebung von LG. Hamburg, JDR. 8 § 14 Nr. 3, jetzt auch HansGZ. **10** Beibl. 125. Die Einrichtung der Hamburger Schätzungskommission ist zulässig. Dadurch, daß für die Expropriationssachen die Zuständigkeit von Verwaltungsstellen in zulässiger Weise begründet wird, sind sie dem Kreise derjenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, auf welche das GVG. und die ZPO. Anwendung finden, entzogen, so daß für sie die Frage, ob sie einem unzulässigen Sondergericht überwiesen seien, nicht mehr aufgeworfen werden kann. Darin liegt die Bedeutung der Bestimmung des § 13 GVG., daß sie die Landesgesetzgebung darüber entscheiden läßt, welche bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus Gründen öffentlichen Rechtes der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen sein sollen, nicht aber darin, daß

sie Behörden oder Gerichten überwiesen werden müßten, die nach der wissenschaftlichen Definition unter den Begriff von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten fallen.

9. OLG. 21 186 (Königsberg). Die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach eine vor dem ordentlichen Gericht erhobene, zur Zuständigkeit der Generalkommission gehörende Klage betreffend einen Rentengutsrezeß nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen ist, sondern durch Beschluß an die Auseinandersetzungsbehörde zur Fortsetzung des Rechtsstreits abzugeben ist, sind nicht mehr in Geltung. Das ergibt sich aus dem Systeme der ZPO., wonach grundsätzlich jeder Rechtsstreit durch Endurteil erledigt werden muß und wonach für ein derartiges Beschlußverfahren kein Raum ist.

II. Zulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen. 1. Aus prinzipiellen Gründen, weil eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. a) Leichenausgrabung. **RG.** JDR. 8 Nr. 4 a γ jetzt auch SeuffA. **65** 64. b) Wegebaulast. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1083, R. **10** Nr. 1820. Behauptet die auf Feststellung der Verpflichtung des Fiskus zur Unterhaltung einer Brücke klagende Gemeinde, sie habe durch Ersitzung gegenüber dem Fiskus das Recht erworben, von ihm fortdauernd die Unterhaltung zu verlangen, so handelt es sich um eine auf privatrechtlicher Grundlage beruhende Verpflichtung, für welche der Rechtsweg zulässig ist. Ein solcher Erwerb eines Privatrechtstitels wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Wegebaulast eine öffentlich-rechtliche ist (vgl. unten Nr. III 2 o α). c) OLG. **20** 85 (Naumburg). Der Anspruch gegen die Gemeinde, welche die Benutzung eines öffentlichen Weges mit der Begründung hindert, der Weg sei ein Privatweg, ist vermögensrechtlich und privatrechtlich. d) **RG.** JW. **09** 739 Nr. 46, WarnE. **3** 72, GruchotsBeitr. **54** 657. Über die Frage der Fälligkeit von Gemeindeabgaben, welche im Zwangsversteigerungsverfahren liquidiert werden (§ 10 Ziff. 3 oder 7 ZVG.), ist der Rechtsweg zulässig. Es handelt sich nicht um eine Prüfung der materiellen Richtigkeit der (im Jahre 1907 vorgenommenen) Veranlagung, sondern um eine Entscheidung darüber, ob die Anliegerbeiträge nicht schon früher fällig geworden sind. e) **RG.** WarnE. **3** 504. Für den Anspruch einer Berufsgenossenschaft auf Rückzahlung einer Unfallrente ist der Rechtsweg zulässig, da es sich nicht um eine Entscheidung darüber handelt, ob Rentenbeträge zu überweisen sind, sondern darüber, ob der Kläger, nachdem die Überweisung stattgefunden hat, auf Grund der Vorschriften des BGB. einen Herausgabeanspruch gegen den Beklagten hat. f) SchlHolstAnz. **10** 147 (Kiel). Für die Frage, ob eine Gemeinde für Grundsteuern, für welche an sich mehrere Grundstückskomplexe desselben Eigentümers haften, Befriedigung gerade aus einem bestimmten Grundstückskomplexe verlangen kann, ist der Rechtsweg zulässig. Der Streit betrifft nicht die Rechtmäßigkeit der Veranlagung, nicht die Steuerpflicht als solche. Das Interesse der beklagten Gemeinde ist ein rein vermögensrechtliches. Auch die Verfolgung eines auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhenden Anspruchs kann eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit darstellen. g) ElsLothJZ. **10** 480 (Colmar). Die Klage auf Rückzahlung einer Steuerstrafe, zu deren Zahlung der Kläger nicht verpflichtet sein will, weil er sich weder der Strafe freiwillig unterworfen habe, noch ein Strafverfahren gegen ihn stattgefunden habe, gehört als Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Elsaß-Lothringen zur ausschließlichen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. h) SächsOVG. **15** 103. Streitigkeiten zwischen Privaten darüber, wem von ihnen auf einem Grundstücke das Jagdrecht zusteht, sind in Sachsen von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden. i) **RG. 74** 191, JW. **10** 947 Nr. 29. Für den Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers, dessen Grundstück durch die Gemeinde, ohne

daß ein Enteignungsverfahren stattgefunden hätte, zum Bau einer Chaussee verwendet worden ist, ist der Rechtsweg zulässig.

2. Kraft positiven Rechtes. a) EnteignungsG. **RG. 72** 359, JW. **10** 195 Nr. 26. Für Nachforderungen, welche trotz vorhergegangener Einigung gemäß § 16 PrEnteigG. auf Grund einer Änderung des ursprünglichen, nicht ausgeführten Planes gefordert werden, ist der Rechtsweg zulässig. § 31 EnteigG. ist insoweit entsprechend anwendbar. b) OLG. **21** 183 (KG.). Für Gehaltsansprüche städtischer höherer Lehrer ist in Preußen der Rechtsweg zulässig. c) OLG. **20** 83 (Hamm). Für Rechtsstreitigkeiten über die Höhe der Pension von Lehrern an einer städtischen höheren Schule ist der Rechtsweg zulässig (§ 23 PensionsG. v. 27. März 1872). d) Mißbrauch der Amtsgewalt. FischersZ. **37** 363 (Dresden). Für die Schadensersatzklage des bei der Löschung eines Feuers durch die städtische Feuerwehr durch unzweckmäßige Maßnahmen angeblich geschädigten Nachbarn ist gemäß §§ 7 Ziff. 3, 6 Ziff. 1 SächsAG. v. 28. Januar 1835 der Rechtsweg zulässig. e) Hans. GZ. **10** Beibl. 277 (Hamburg). Gegen die Auflage des bremischen General-Steueramts, den Auslandsnachlaß des Erblassers zu spezifizieren, steht dem Erben nach § 15 der Bremischen Verfassung der Rechtsweg zu. f) HansGZ. **10** Beibl. 253 (Hamburg). Gegen eine richterliche Entscheidung im Disziplinarverfahren gemäß dem Bremischen BeamtenG. v. 1. Februar 1894 ist der Rechtsweg versagt. Auf § 15 der Bremischen Verfassung kann sich der Kläger nicht berufen, da es sich nicht um eine Verwaltungsmaßregel handelt. g) Braunschweigisches Wasserrecht. BraunschwZ. **10** 12 (Braunschweig). Die gegen eine Gemeinde wegen ungenügender Reinigung öffentlicher Gewässer erhobene Schadensersatzklage (§ 823 Abs. 2 BGB.) eines Müllers gehört in Braunschweig auch insoweit vor die ordentlichen Gerichte, als durch sie die Reinigung der Gewässer verlangt wird.

3. Trotz öffentlich-rechtlicher Vorfragen. OLG. **20** 79 (KG.). Für den Schadensersatzanspruch gemäß § 839 BGB. gegen einen Beamten, der schuldhaft die Kgl. Genehmigung zur Verabschiedung eines Untergebenen erwirkt hat, ist der Rechtsweg zulässig. Da der Beamte unter Genehmigung des Königs die Pensionierung des Klägers bestimmt hat, so hat er ein Hoheitsrecht ausgeübt und es kann demgemäß über den Schadensersatzanspruch nicht entschieden werden, ohne die Ausübung des Hoheitsrechts auf ihre Berechtigung nachzuprüfen. Hierdurch wird aber der Rechtsweg nicht unzulässig, da es nur auf die Natur des Anspruchs ankommt, aber nicht auf die Fragen, die in den Urteilsgründen geprüft werden müssen, um die Berechtigung des Klaganspruchs festzustellen. — AM. DJZ. **08** 488 (KompGH.).

4. Erst nach Anrufung anderer Behörden. a) **RG. 74** 91. Über die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt ein Beamter in den Ruhestand zu versetzen ist, entscheiden die Verwaltungsbehörden endgültig. Dagegen entscheidet das Gericht auf der Grundlage dieser Entscheidung demnächst unter den Voraussetzungen des § 23 PensionsG. v. 27. März 1872/30. April 1884 seinerseits endgültig darüber, ob und welches Ruhegehalt dem Beamten zu gewähren ist. Daraus folgt, daß, soweit die Frage, ob der Beamte dienstunfähig, d. h. gemäß § 1 „infolge eines körperlichen Gebrechens oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zu der Erfüllung seiner Amtspflichten dauernd unfähig ist", für die Entscheidung über seine Versetzung in den Ruhestand zu beantworten ist, ihre Beantwortung endgültig durch die Verwaltungsbehörde zu geschehen hat, daß dagegen die Entscheidung darüber, ob die so festgestellte Dienstunfähigkeit die Folge einer Krankheit, Verwundung oder sonstigen Beschädigung ist, die der Beamte bei Ausübung oder aus Veranlassung des Dienstes erlitten hat, ebenso endgültig durch das Gericht

erfolgt. **b)** **RG.** JW. **10** 489 Nr. 38. Die Kirchengemeinde kann vom Patron die Leistung von Beiträgen zum Baue eines Kirchengebäudes oder dessen Errichtung erst dann klageweise verlangen, wenn beim Streite der Interessenten hierüber gemäß §§ 707, 708 ALR. II. 11 die Notwendigkeit des Baues von der Verwaltungsbehörde festgestellt ist. Gemäß §§ 789, 790 aaO. gelten diese Rechtssätze auch für den Bau von Gebäuden, die sich auf die Pfarrei beziehen. **c)** Rechtsweg für Ansprüche, die sich auf polizeiliche Anordnungen gründen. **RG.** PrVerwBl. **32** 137. Festzuhalten ist an der Rechtsprechung betreffend § 6 PrG. v. 8. Mai 1842, daß die Aufhebung einer polizeilichen Verfügung die Vorbedingung der Zulässigkeit des Rechtswegs gegen den vertretungspflichtigen Beamten ist. **d)** HansGZ. **10** Beibl. 123 (Hamburg). In Bremen ist der Rechtsweg gegen eine auf Grund des BremG. v. 12. Juli 1904 festgesetzte Polizeigebühr davon abhängig, daß vorher die im § 8 G. vorgeschriebene Beschwerde an die Rekursbehörde in Gewerbesachen eingelegt worden ist. **e)** In Braunschweigischen Stempelsteuersachen. α. BraunschwZ. **10** 182 (Braunschweig). Die nach § 27 Abs. 1 Ziff. 4, Abs. 3 BraunschwStStG. vor der Beschreitung des Rechtswegs erforderliche Erinnerung braucht nicht von dem Steuerpflichtigen ausgegangen sein, sie kann auch von dem Kontrollbeamten erhoben sein. β. Braunschw.Z **10** 73 (Braunschweig). Die Erinnerung steht jedoch nicht dem Zessionar zu, welchem der Steuerpflichtige den Anspruch auf Erstattung der zuviel gezahlten Stempel abgetreten hat. **f)** Jedoch OLG. **20** 80 (Hamm). Auch bei dem Mangel einer vorhergehenden Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Notwendigkeit einer Armenunterstützung ist für den von einem Dritten erhobenen Anspruch auf Erstattung gewährter Armenunterstützung gegen einen Armenverband der Rechtsweg zulässig. In diesem Falle haben dann die Gerichte die Unterstützungspflicht des Armenverbandes festzustellen.

III. Unzulässigkeit des Rechtswegs. 1. Aus prinzipiellen Gründen, weil eine öffentliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. **a)** Klage auf Zulassung zur Prüfung an einer Hochschule. **RG.** JDR. **8** Nr. 2 c jetzt auch FischersZ. **37** 368. **b)** **RG.** PrVerwBl. **31** 753. Das dem Staate an öffentlichen Flüssen zustehende Hoheitsrecht ergibt keinen im Rechtswege verfolgbaren Anspruch gegen den Staat auf Räumung des Flußbetts. **c)** OLG. **20** 91 (KG.). Für Steueransprüche ausländischer Staaten oder Gemeinden gegen einen früher im Auslande, jetzt im Inlande Wohnenden ist der Rechtsweg nicht gegeben. Das Steuerrecht ist ein Staatshoheitsrecht, der Anspruch also öffentlich-rechtlich. Es handelt sich hierbei aber nicht nur um die Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern darum, daß ein Rechtsschutzanspruch gegenüber dem preußischen Staate fehlt, s. hierüber Allg. Vorbem. zur ZPO. 657 A III 4. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1080. Bei Ansprüchen gegen den Eisenbahnfiskus nach § 906 BGB. wegen schädlicher Einwirkungen des Bahnbetriebs — wozu auch die Entladung der beförderten Güter, die Reinigung der Güterwagen und die Beseitigung der Abfallstoffe gehört — ist der Rechtsweg nur beschränkt zulässig (**RG. 62** 131). Es kann allenfalls Abhilfe durch vorbeugende Einrichtungen, im übrigen nur Schadensersatz verlangt werden. Zum Eisenbahnbetriebe gehört nicht bloß die eigentliche Beförderungstätigkeit, die Fortbewegung der Personen und Güter, sondern es gehören dazu auch die die Beförderung vorbereitenden und abschließenden Geschäfte, insbesondere der obengenannten Art. **e)** **RG. 73** 157, JW. **10** 478. Für die Klage einer Stadtgemeinde auf Feststellung, daß ein in ihrem Eigentume stehendes Grundstück zum Kämmereivermögen und nicht zu dem der Nutznießung der Bürger unterworfenen Bürgervermögen gehört, ist der Rechtsweg unzulässig.

Das Nutzungsrecht ist öffentlich-rechtlicher Natur. Es hat auch durch den das Kämmerei- und Bürgervermögen feststellenden Separationsrezeß keine privatrechtliche Grundlage gewonnen. **f)** **RG. 73** 270, JW. **10** 620 Nr. 14. Ein Anspruch gegen die Reichspostverwaltung (Rohrpost), daß sie, um ihren nachbarrechtlichen Verpflichtungen (§ 906 BGB.) als Grundstückseigentümeriu zu genügen, äußerstenfalls ihren Betrieb einzuschränken oder gänzlich einzustellen habe, kann im ordentlichen Rechtswege nicht verfolgt werden. Es würde sich hierbei um einen Eingriff Privater in Verhältnisse des öffentlichen Rechtes handeln. **g)** HansGZ. **10** Beibl. 187 (Hamburg). Der Anspruch gegen das Reich auf Benutzung der Posteinrichtungen, sowohl zur Annahme der einzelnen Beförderungsaufträge (Postsendungen, Telegramme, Telephongespräche), also zur Abschließung einzelner Beförderungsverträge, als auch zur Gestattung des dauernden Anschlusses an die bestehende Telephon- oder Telegraphenleitung ist ein öffentlich-rechtlicher. Verschieden hiervon ist die Frage, ob auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Absender und der Post nach der Annahme des Beförderungsvertrags dem öffentlichen Rechte angehört oder, wie es meistens geschieht, als privatrechtliches Verhältnis aufzufassen ist. **h)** OLG. **20** 185 (KG.). Für den Anspruch eines Reichsbeamten auf Erteilung eines Dienstzeugnisses oder auf Berichtigung eines solchen ist der Rechtsweg nicht zugelassen. Dieser Anspruch gehört nicht zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen im Sinne des § 146 RBG. **i)** Ebenso OLG. **20** 203 (KG.). **k)** OLG. **20** 185 (Stettin). Für die Klage auf Berichtigung des Führungszeugnisses eines entlassenen Beamten ist der Rechtsweg nicht zugelassen. Es handelt sich um keinen vermögensrechtlichen Anspruch. **l)** **RG.** JW. **8** Nr. 5 **a** ε jetzt auch **RG. 72** 234.

2. Kraft positiven Rechtes. **a)** BuschsZ. **40** 497 (Jena). In Reichsverbrauchssteuern ist der Rechtsweg unzulässig. Es hat sich ein Reichsgewohnheitsrecht gebildet, wonach der Rechtsweg in Verbrauchsabgabesachen in vollem Umfang, auch für Rechtsfragen, verschlossen ist. — Vgl. hierzu Becker, R. **10** 307. **b)** **RG.** JW. **10** 247, WarnE. **3** 183. Hinsichtlich Rückforderung entrichteter Gemeindeabgaben findet der Rechtsweg in Preußen nicht statt; dies auch, obwohl bereits eine rechtskräftige Entscheidung des Bezirksausschusses vorliegt, daß die Gemeinde zu der fraglichen Steuerauflage nicht befugt gewesen sei; denn damit ist noch nicht ausgesprochen, daß die Gemeinde zur Zurückzahlung verpflichtet ist. Ob der Rechtsweg gegeben ist, wenn auch die Rückzahlungspflicht von den Verwaltungsbehörden oder -gerichten anerkannt wäre, wird dahingestellt gelassen. **c)** Anspruch gegen eine Stadtgemeinde auf Freistellung von der Verpflichtung zur Leistung von Anliegerbeiträgen. α. **RG.** JW. **10** 300 Nr. 40, GruchotsBeitr. **54** 1088. Der Rechtsweg ist in Preußen bei Streitigkeiten über die Entrichtung öffentlicher Abgaben nach §§ 69 ff. KommAbgG. auch dann ausgeschlossen, wenn die Befreiung der Abgabepflicht aus besonderen Gründen, zu denen namentlich auch Verträge gehören, behauptet wird. Die Vorschriften im § 79 II. 14 ALR. und in §§ 9, 10 G. v. 24. Mai 1861, welche den Rechtsweg zulassen, sind durch § 160 Abs. 1 ZustG. v. 1. August 1883 beseitigt. Der Ausschluß gilt auch für die Feststellungsklage, mit welcher der in Aussicht stehenden Heranziehung zu den Abgaben entgegengetreten wird. β. Ebenso für die entsprechende Rückforderungsklage **RG. 74** 281, JW. **10** 1011 Nr. 30, betreffend die sog. „Beliebung" vom Jahre 1674 in Schleswig-Holstein. **d)** Freiwillig durch Vertrag mit der Gemeinde übernommene Leistungen. **RG.** JW. **10** 766 Nr. 40, GruchotsBeitr. **54** 1092, WarnE. **3** 314. Es sind zwei voneinander grundverschiedene Fälle, wenn der Grundstückseigentümer frei-

willig durch einen Vertrag mit der Gemeindebehörde vereinbarte Leistungen und so auch eine Sicherheitsleistung für künftige Anliegerbeiträge übernommen hat, um dadurch den Widerspruch der Gemeindebehörde gegen einen Neubau an einer noch nicht fertiggestellten Straße zu beseitigen oder wenn der Anliegerbeitrag oder eine Sicherheitsleistung als eine von seinem Willen und seinen ferneren Entschließungen unabhängige Last von ihm erfordert ist, wie wenn die dem § 15 FluchtlG. entsprechenden ortsstatutarischen Voraussetzungen einer solchen Verpflichtung sich ihrem vollen Inhalte nach bereits erfüllt hätten. Nur im letzteren Falle ist der Rechtsweg gemäß §§ 69 ff. KommAbgG. ausgeschlossen, und zwar auch, wenn nach geschehener öffentlich-rechtlicher Einforderung einer Zahlung oder einer Kautionsleistung der Herangezogene sich der protokollarischen Verpflichtung unterwirft, vgl. ebenso OVG. **15** 156 ff., 164. **e)** DJZ. **10** 207 (PrKompKonflGH.). Die Unzulässigkeit des Rechtswegs nach § 89 Abs. 4 GewO. gilt auch für die Klage auf Rückzahlung zu Unrecht erhobener Innungsbeiträge. **f)** SeuffA. **65** 79 (Rostock). Für die Zurückforderung einer beigetriebenen polizeilichen (Exekutiv-) Strafe ist der Rechtsweg ausgeschlossen. **g) RG. 74** 55. Für öffentlich-rechtliche Gebrauchsrechte ist der Rechtsweg zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, er kommt aber in Wegfall, wenn gesetzlich die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist. Dies ist für die öffentlich-rechtlichen Gebrauchsrechte der Schulen der Fall (PrZustG. §§ 46 Nr. 1 u. 5, 160, SchulunterhG. v. 28. Juli 1906) §§ 4, 32. **h) RG.** GruchotsBeitr. **54** 1103. Über die Festsetzung des Wertes der freien Dienstwohnung und der Feuerung zum Zwecke der Berechnung des Ruhegehalts eines preuß. Volksschullehrers entscheidet die Schulaufsichtsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs (G. v. 23. Juli 1893). **i)** ElsLothJZ. **10** 342 (Colmar). Unzulässig ist der Rechtsweg für die Klage eines Beamten auf Pensionszahlung, zu deren Entscheidung eine Nachprüfung darüber vorausgesetzt wird, ob die den Kläger von einem gewissen Zeitpunkt an in den Ruhestand versetzende Ministerialverfügung zu Recht besteht. **k) RG.** GruchotsBeitr. **54** 1099, WarnE. **3** 381. Die Genehmigung des Bauplans einer Eisenbahn seitens des Ministers der öffentlichen Arbeiten gemäß § 4 PrEisenbG. ist eine polizeiliche Verfügung im Sinne des G. v. 11. Mai 1842, der gegenüber der Rechtsweg nur für Schadensersatzansprüche zulässig ist (vgl. insbesondere **RG. 31** 285). Gleichgültig ist, ob es sich um ein privates oder um ein staatliches Bahnunternehmen handelt und ob die Bahn noch im Baue begriffen oder doch noch nicht dem öffentlichen Verkehr übergeben ist. **l)** Ebenso **RG.** PrVerwBl. **31** 634, EisenbE. **27** 53. Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs über die gemäß § 14 Abs. 2 EnteignungsG. getroffenen Anordnungen. **m)** Ebenso EisenbE. **26** 135 (Hamm). Die dem Eisenbahnunternehmer nach Maßgabe der Bestimmungen des § 14 PrEisenbG. und § 14 EnteignungsG. auferlegten Verpflichtungen können im Rechtswege nicht verfolgt werden, auch die Herstellungskosten können nicht eingeklagt werden. **n) RG.** VI. **72** 60. Soweit in der GewO. das in den §§ 20, 21 geregelte Rekursverfahren vorgesehen ist, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. Dieses Rekursverfahren ist im § 54 zwar für den Fall der Zurücknahme einer Genehmigung zum Betriebe des Schauspielgewerbes vorgesehen, aber nirgends für den Fall des Verbots der Aufführung eines bestimmten einzelnen Theaterstücks. Ein solches Verbot ist mit einer partiellen Zurücknahme der Genehmigung nicht identisch. Gegen das polizeiliche Verbot einer einzelnen bestimmten Theateraufführung ist der Rechtsweg also zulässig. **o)** Wegebaulast. **α. RG.** GruchotsBeitr. **54** 1083, R. **10** Nr. 1820. Ein Streit, welcher lediglich die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Fiskus zur Unterhaltung öffentlicher Wege und Brücken zum Gegenstande hat, kann

nicht im Rechtswege verfolgt werden (§ 56 Abs. 5 ZustG.). Daß irgendwelche Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, wonach die Gemeinde berechtigt wäre, zu verlangen, daß der Fiskus als Eigentümer des betreffenden Grundbesitzes die Brücke fortdauernd unterhalte, ist nicht behauptet worden. — Vgl. jedoch wegen Ersitzung oben Nr. II 1 **b.** β. OLG. **20** 81 (KG.). Nur soweit es sich um die auf der Wegebaulast beruhende, allein durch das Verkehrsinteresse gebotene Straßenreinigungspflicht handelt, ist der Rechtsweg ausgeschlossen (ZustG. § 56 Nr. 5). Wo es sich dagegen um die Reinhaltung aus allgemeinen, besonders sanitätspolizeilichen Gründen handelt, also um die Pflicht zur polizeimäßigen Straßenreinigung, ist der Rechtsweg gegeben. **p)** **RG.** JW. **10** 720. Der im § 10 PrG. v. 15. November 1811 wegen des Wasserstaues und Verschaffung der Vorflut statuierte Ausschluß des Rechtswegs betrifft nicht den Fall, daß die Räumung eines Grabens nicht zur Wiederherstellung des Wasserabzugs, sondern zur Wiederherstellung der Schiffbarkeit auf Grund einer hierüber eingegangenen privatrechtlichen Verpflichtung verlangt wird.

IV. Zivil- oder Strafgerichte? ElsLothJZ. **10** 480 (Colmar). Die Klage auf Rückzahlung einer Steuerstrafe, weil keine steuerrechtlich strafbare Handlung begangen und deshalb keine Strafe verwirkt sei, ist eine Strafsache. Die Klage ist nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern wegen Unzuständigkeit des Gerichts abzuweisen. — Vgl. jedoch wegen ungerechtfertigter Bereicherung oben Nr. II 1 **g.**

§ 14. Vorbemerkung: Im § 14 sind wiederum einzelne wichtige Zuständigkeitsfragen betreffend die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte behandelt, soweit hierbei nicht die Qualifikation als Handlungsgehilfe in Betracht kommt. Hingewiesen sei insbesondere auf die Entscheidung des **RG.** über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, wenn der Angestellte gleichzeitig gewerbliche und kaufmännische Dienste leistet, Nr. III 2. — Interessant sind die Verhandlungen des Verbandstags und des Deutschen Juristentags, über welche in Nr. III 7 und IV berichtet ist; konsequent verlangen die Anhänger der Gewerbegerichte die Schaffung allgemeiner Arbeitsgerichte; der prinzipiell entgegengesetzte Standpunkt wurde auf dem Juristentag in der Frage der Ausdehnung der Sondergerichtsbarkeit auf den gewerblichen Rechtsschutz von der Mehrheit vertreten.

Literatur: Düringer, LeipzZ. **10** 664. — Hegler, Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg, ACivPr. **106** 52—268. — Krönig, Unzuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Versicherungsvereine, DJZ. **10** 1291. — Mainzer, Sondergerichte für gewerblichen Rechtsschutz, BayRpflZ. **10** 362. — Rathenau, Empfehlen sich Sondergerichte in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? (Gutachten), Verhandlungen des 30. DJT. I 302 ff.; auch als Sonderabdruck unter dem Titel „Sondergerichtshöfe für gewerblichen Rechtsschutz" (Berlin 1910) erschienen. — Stepp, Sind die Gewerbegerichte zuständig zur Entscheidung von gewerblichen Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Betriebsbeamten, auch wenn letztere nicht gegen feste, sondern gegen schwankende Bezüge angestellt sind? BayRpflZ. **10** 377. — Tolksdorf, Sondergerichtshöfe für gewerblichen Rechtsschutz, ZIndR. **10** 193. — Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentags (Danzig 1910) I 218 ff., 302 ff., 513 ff., II 200 ff., 558 ff. — Verbandstag des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (Köln 1910), GewuKfmG. **15** 464, **16** 43 ff.

I. Über die Hamburger Schätzungskommission in Expropriationssachen vgl. § 13 Nr. I 8.

II. Gemeindegerichte. Hegler, ACivPr. **106** 52—268, gibt eine ausführliche systematische Darstellung des badischen und württembergischen Gemeindegerichtsverfahrens.

III. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. 1. Über Verwei-

sung der ordentlichen Gerichte an ein Sondergericht s. ZPO. § 505.

2. Zuständigkeit, wenn der Angestellte gewerbliche und kaufmännische Dienste geleistet hat. **RG.** JW. **10** 839, WarnE. **3** 363. Wenn ein Angestellter zugleich kaufmännische und gewerbliche Tätigkeit leistet, so ist die überwiegende Tätigkeit maßgebend. Ergibt sich, daß der Angestellte der Hauptsache nach Gewerbegehilfe ist, so scheidet die Eigenschaft als Handelsgehilfe und damit die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts aus. Ergibt sich dann weiter, daß das Gewerbegericht nach dem Inhalte des GewGG. nicht zuständig ist (GewGG. § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2), dann tritt nicht die Zuständigkeit des — ausgeschalteten — Kaufmannsgerichts, sondern die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts in Kraft.

3. Prüfung der Zuständigkeit. OLG. **20** 283 (KG.). An der JDR. **8** Nr. 6 b mitgeteilten — jetzt auch GewuKfmG. **15** 210 abgedruckten — Entscheidung, daß eine weitläufige, unter Umständen den gesamten Streitstoff erschöpfende Beweiserhebung lediglich zu dem Zwecke, die Zuständigkeit des Gerichts festzustellen, dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht entsprechen könne, wird festgehalten. Sogar auch dann ist eine umfangreiche Beweisaufnahme zu vermeiden, wenn die zur Begründung des Gerichtsstandes aufgestellten Behauptungen sich mit den klagebegründenden Tatsachen nicht decken.

4. FischersZ. **37** 358 (Dresden). Die ordentlichen Gerichte sind für die Klage gegen einen Bierausfahrer, der entweder gewerblicher Arbeiter oder gewerblicher Handlungsgehilfe ist, auf Abführung des Kaufpreises für ausgefahrenes Bier auch insoweit nicht zuständig, als die Klage auf rechtswidrige Aneignung und auf ein Schuldanerkenntnis gestützt ist. In beiden Fällen hat der Klaganspruch im Arbeits- bzw. Dienstverhältnisse der Parteien seine Grundlage und nicht bloß seine äußere Veranlassung.

5. Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte im einzelnen. **a)** Stepp, BayRpflZ. **10** 377. Die Gewerbegerichte sind trotz § 133 a GewO. zur Entscheidung von gewerblichen Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Betriebsbeamten auch dann zuständig, wenn letztere nicht gegen feste, sondern gegen schwankende Bezüge beschäftigt sind. **b)** In GewuKfmG. **15** 212 wird eine an Bundesrat und Reichstag gerichtete Petition des Verbandes der Gemeindearbeiter mitgeteilt, worin verlangt wird, daß sämtliche in Gemeindebetrieben beschäftigten Arbeiter der GewO. und dem GG. unterstellt werden sollen. **c)** GewuKfmG. **15** 105 (GG. Duisburg-Meiderich). Die vielfach auf Grund der Entstehungsgeschichte des GGG. vertretene Meinung, daß die Kommunalbetriebe der Zuständigkeit des GG. unterlägen, ist unrichtig. Auch für Arbeiter in Kommunalbetrieben ist die Zuständigkeitsfrage lediglich gemäß § 3 Abs. 1 GG. zu beurteilen. Die Zuständigkeit ist nur dann gegeben, wenn der Kommunalbetrieb ein eigentlicher Gewerbebetrieb mit Gewinnabsicht oder ein Betrieb ist, auf den die Arbeiterschutzvorschriften des Titels VII der GewO. Anwendung finden. Beides ist für einen Straßenunterhaltungsarbeiter zu verneinen. **d)** OLG. **20** 284 (Kiel). Ein Bierfahrer, der zu dem Personale der Brauerei gehört, ist, auch wenn er nicht nur das auf Kundenkonto abzusetzende Bier abzufahren, sondern auch weitere Abnehmer aufzufinden hatte, an die er auf Fahrkonto absetzte, gewerblicher Arbeiter im Sinne von § 3 GewGG. **e)** Elf. LothJZ. **10** 122 (Colmar). Nicht das Gewerbegericht, sondern ausschließlich die ordentlichen Gerichte sind zuständig für die Schadensersatzklage wegen Entweichens des Lehrlinges aus der Lehre, wenn die Klage von dem Lehrherrn auf Grund eines mit dem Vater in eigenem Namen geschlossenen Lehrvertrags gegen den Vater erhoben wird.

6. Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte im einzelnen. a) Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. α. Krönig, DJZ. 10 1291. Für Streitigkeiten zwischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und ihren Angestellten ist das Kaufmannsgericht nicht zuständig. β. GewuKfmG. 15 247 (LG. Dresden). Für Klagen gegen Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit ist das Kaufmannsgericht nicht zuständig. Die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit sind nicht Kaufmann. — Das KfmG. Dresden hatte die Zuständigkeit angenommen. b) Konkursfeststellungsklage. α. LeipzZ. 10 492, GewuKfmG. 15 89 (KfmG. Braunschweig). Das Kaufmannsgericht ist zuständig für die Feststellung einer streitigen Konkursforderung und ihres Vorrechts (§ 146 KO.). β. Ebenso KfmGJ. 2 302 (Berlin). Für Klagen auf Feststellung bestrittener Forderungen gegen den Konkursverwalter ist das Kaufmannsgericht zuständig. c) OLG. 20 284 (KG.). Das Kaufmannsgericht ist auch dann unzuständig, wenn der Angestellte für mehr als einen Prinzipal kaufmännische Dienste verrichtet und die aus allen Dienstverhältnissen bezogenen Einkünfte zusammengerechnet mehr als 5000 M. jährlich betragen.

7. Reformfragen. Über die Ausgestaltung der Rechtsmittelinstanz und die Ausdehnung der Gewerbegerichte zu Arbeitsgerichten verhandelte der Verbandstag des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte Köln 15. bis 17. September 1910 (Verhandlungsbericht GewuKfmG. 16 43 f.). 1. Fast allgemein, insbesondere von den Referenten Hiller, Glücksmann und Sohlich, wurde die Ausgestaltung der Gewerbegerichte zu einheitlichen Arbeitsgerichten gefordert. Es sollen dem ordentlichen Amtsgerichtsprozesse nur die sog. vermögensrechtlichen Streitigkeiten bleiben. Für die Streitigkeiten aus dem gesamten Gebiete des Arbeitsvertrags soll ein einheitliches Arbeitsgericht mit Laienbeisitzern geschaffen werden. Von verschiedenen Rednern wurde jedoch die Erhaltung der Kaufmannsgerichte als selbständiger Sondergerichte verlangt. 2. Der Schwerpunkt der Verhandlungen lag in der Frage, ob die Arbeitsgerichte in der Art der bestehenden Sondergerichte, also als Kommunalgerichte organisiert oder ob sie den Amtsgerichten angegliedert, also Abteilungen des Amtsgerichts werden sollen. Mit der Angliederung an das Amtsgericht soll eine Trennung der richterlichen und einigungsamtlichen Tätigkeit durchgeführt werden, im übrigen aber die Vorzüge des bisherigen Verfahrens (Billigkeit, Schnelligkeit, Laienmitwirkung, Vortermin usw.) erhalten bleiben. Die Angliederung wurde von Glücksmann vorgeschlagen und von manchen (z. B. Löhning) befürwortet, von anderer Seite jedoch (z. B. Cuno) lebhaft bekämpft. 3. Steengrafe (GewuKfmG. 16 58, dazu Leitsätze 15 464) berichtete über die Ausgestaltung der Rechtsmittelinstanz. Er sprach sich für Beibehaltung der Berufung und der Berufungsgrenze aus und lehnte die Einführung einer Revision an ein Reichsarbeitsgericht ab.

IV. Sondergerichte für gewerblichen Rechtsschutz. 1. Über das Thema: Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? verhandelte der 30. Deutsche Juristentag in Danzig 1910 (Verhandlungsbericht 30. DJT. II 200 f., 558 f.). 1. Allgemein anerkannt wurde, daß eine Besserung der bestehenden Rechtsprechung in Patent- und Gebrauchsmusterprozessen erforderlich sei. 2. Der Gedanke, diese durch Einführung von Patentsondergerichten zu erreichen, wurde namentlich von dem Berichterstatter Isay (II 218 f., 300 f.) verfochten. Er ging davon aus, daß zwischen der Aufgabe des Verletzungsrichters im Patentprozeß und der Tätigkeit des Nichtigkeitsrichters kein tiefgreifender Unterschied bestehe. Ein solcher bestehe nur hinsichtlich der Ziele. Die Auslegung von

Patenten, die Aufgabe des Verletzungsrichters, sei heute keine Rechtsfrage mehr, d. h. nicht mehr die Beantwortung reiner Rechtsfragen im Sinne der alten wissenschaftlichen Behandlung des Rechtes. Eine solche Auffassung von der richterlichen Aufgabe sei heute durch die moderne Bewegung überholt. So kommt Isay zu der allgemeinen Frage nach der Vorbildung der Richter, von der die vorliegende nur ein Ausschnitt sei. Der Richter bedürfe in den Patentprozessen außer der juristischen auch einer besonderen technischen Vorbildung. Da dies Problem in dem Rahmen der gegenwärtigen Gerichtsorganisation nicht zu lösen sei, müsse nach dem Vorbilde der Nichtigkeitsabteilung beim Patentamte die Gerichtsbarkeit in Patent- und Gebrauchsmusterprozessen durch aus Juristen und Technikern gebildete Kammern und Senate ausgeübt werden. 3. Im Gegensatze hierzu lehnten die Berichterstatter Degen (II 200 f.) und Seligsohn (II 238 f.), gestützt auf die Gutachten von von Stahl (I 218 ff.), Rathenau (I 302 ff. [vgl. unten Nr. 2]) und Cahn (I 513 ff). die Bildung von Sondergerichten ab, einmal aus prinzipieller Abneigung gegen eine weitere Sondergerichtsbarkeit, die für die Rechtspflege im allgemeinen schädlich sei, sodann, weil die bestehende Organisation sich im ganzen bewährt habe und sich immer mehr vervollkommnen würde, wenn für eine Konzentration der Sache bei einzelnen Landgerichten und Oberlandesgerichten gesorgt würde. Der Techniker solle als Sachverständiger vor der Barre bleiben, als Richter sei er im Interesse der Parteien und der Rechtspflege nicht begehrenswert. Dem schloß sich der Juristentag an durch das Votum I: „Die Einführung von Sondergerichten für Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes entspricht nicht dem Interesse der Rechtspflege und ist deshalb abzulehnen" (II 561). Dem Konzentrationsgedanken und der Notwendigkeit besserer technischer Spezialbildung der Richter wurde durch folgenden von Rathenau beantragten Beschluß Ausdruck gegeben: „II. Es ist wünschenswert, daß die einzelstaatlichen Bundesregierungen ermächtigt werden, die Verhandlung und Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Gebiete des Patent- und Gebrauchsmusterrechts für alle oder mehrere Landgerichte je eines oder mehrerer Oberlandesgerichtsbezirke nur einem Landgericht als örtlich ausschließlich zuständig zu überweisen und auch diesem Landgerichte die Entscheidung in 2. Instanz gegen amtsgerichtliche Urteile zu übertragen. III. Es ist wünschenswert, daß bei der Auswahl der für solche Sonderkammern bestimmten Richter auf ihre allgemeine technische Ausbildung besondere Rücksicht genommen wird" (II 559 f.).

2. Vgl. hierzu *Rathenau, Gutachten für den XXX. Deutschen Juristentag, Verhandlungen desselben I 299 ff. Es wird nach eingehender Schilderung der geschichtlichen Entwickelung der Patentsondergerichtsbewegung in Deutschland zunächst die Frage des Bedürfnisses für die Errichtung von Patentsondergerichten erörtert und verneint: Das Mißtrauen gegen die nur aus rechtsgelehrten Richtern bestehenden Gerichte sei zum Teil künstlich genährt, zum Teil durch die Tatsachen nicht begründet; der rechtsgelehrte Richter sei in der Lage, auch ohne Zuziehung technischer Richter, technische Prozesse zu entscheiden; der technische Richter dagegen ermangele vornehmlich der notwendigen Erfahrung und Kenntnis des Rechtszusammenhanges, wahrscheinlich auch der Unparteilichkeit. Die Statistik lehre, daß nur etwa $1/3$ pCt. aller landgerichtlichen Prozesse des Reichs Patent- oder Gebrauchsmusterstreitigkeiten betreffe, und daß deren Dauer kürzer sei, als der Reichsdurchschnitt betrage. Als Vorbilder einer gemischten Gerichtsbarkeit könnten weder die Nichtigkeitsabteilung des Patentamts, noch die Kammern für Handelssachen, noch die Kaufmanns- oder Gewerbegerichte dienen; ebensowenig sei die Verteilung der Kompetenzen nach österreichisch-ungarischem Muster maßgeblich. Weiter werden als Nachteile der Errichtung von Patentsondergerichten angeführt die Zersplitterung

der Rechtspflege im allgemeinen, der ungünstige Einfluß auf die Schaffensfreudigkeit des Richterstandes, sowie seine Entfremdung von wichtigen Erscheinungen des praktischen Lebens und die Schwierigkeiten der praktischen Ausgestaltung: ein zentraler Patentgerichtshof sei nicht erreichbar, dezentralisierte Gerichte könnten aber auch ohne technische Richter segensreich wirken; nichtständige technische Richter lehne die Industrie ab, als ständige Richter seien aber nur Mittelmäßigkeiten zu erlangen; zudem bedeute der „Sachverständige hinter der Barre" eine Gefahr für die Rechtsprechung; auch in das Rechtsmittelsystem ließen sich technische Richter nicht einordnen; für eine Änderung im Patentstrafrechte fehle es an jeder zahlenmäßigen Begründung; jedoch solle die Strafverfolgung abhängig gemacht werden von der vorhergegangenen rechtskräftigen zivilrechtlichen Verurteilung wegen objektiver Patentverletzung. Andererseits wird eine Reihe von Vorschlägen zur Besserung des bestehenden Zustandes gemacht, namentlich eine gesetzliche Konzentration der Sachen bei einigen wenigen Landgerichten, sowie eine Spezialausbildung der für diese Kammern bestimmten Richter nach bestandener Staatsprüfung und endlich eine straffere Ausbildung des Verfahrens und stärkere Betonung des Offizialprinzips verlangt. In einem letzten Abschnitte werden endlich die einschlägigen Verhältnisse des Auslandes geschildert und dargetan, daß in keinem anderen Lande solche Sonderbestrebungen bestehen.

3. Mainzer, BayRpflZ. **10** 362, referiert das Cahnsche Gutachten (oben Nr. 1) und äußert sich zustimmend.

4. Ebenso spricht sich Düringer, LeipzZ. **10** 664, gegen die Patentsondergerichte aus. Es ist richtiger und im direkten Interesse beider Parteien gelegen, daß der Sachverständige sein Urteil in ihrer Gegenwart „vor der Barre" abgibt, daß es von ihnen kontrolliert und kritisiert, daß es auf ihren Antrag ergänzt, erläutert, vervollständigt werden kann.

5. Dagegen: Tolksdorf, ZIndR. **10** 193, wendet sich gegen Rathenaus Gutachten und setzt, wie Isay, auseinander, daß ein Patentstreit nur entschieden werden kann durch Beantwortung einer rein technischen Frage, deren Erledigung eine auf technischem Gebiete sich abspielende Gedankenoperation voraussetzt. In allen Fällen, sei es, daß es sich um die Erteilung eines Patents, um die Frage der Nichtigkeit eines Patents oder um die Verletzung eines Patents handelt, muß eine technische Vergleichung angestellt werden. Es liegt daher kein Grund vor, warum man sich scheuen sollte, die Erfahrungen, die man im Patentamte mit technischen Richtern gemacht hat, auf die Zivilgerichte zu übertragen.

§ 17. Ziff. 4. Literatur: Fischer, Kompetenzkonflikt gegenüber einem Zwangsvollstreckungsverfahren, R. **10** 185, 217.

1. ZJPR. **20** 416, DJZ. **10** 808 (PrKompKonflGH.). Die Erhebung des Kompetenzkonflikts im gerichtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren ist zulässig.

2. Ebenso: Fischer, R. **10** 185, 217. Die Erhebung eines Kompetenzkonflikts ist nicht bloß im Rechtsstreit oder Zivilprozeß im engeren Sinne, sondern in allen zu dem Gesamtgebiete der streitigen Zivilgerichtsbarkeit gehörigen selbständigen Verfahrensarten zulässig, daher insbesondere auch gegenüber einer Zwangsvollstreckung nach ergangenem rechtskräftigen Urteile.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. 1. Über die Novelle s. ZPO. §§ 495 ff.

2. Welches Gericht ist zuständig, wenn die einen Streitgegenstand zwischen 300 und 600 M. betreffende Klage vor dem 1. April 1910 beim Landgericht eingereicht, aber erst nach dem 31. März 1910 zugestellt worden ist? S. hierüber ZPO. § 263 Nr. 6.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 70. *Hugo Cahn, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Gutachten XXX. DJT. 552 (vgl. oben § 14 Nr. IV 1). In den letzten Jahren sind in den größeren Bundesstaaten behufs Zentralisierung der Rechtsprechung des gewerblichen Rechtsschutzes Spezialkammern bei einzelnen Landgerichten gebildet worden, bezüglich deren die Regierungen Prorogierung anempfahlen (PrMinErl. v. 11. Oktober 1907, BayMin. Entschl. v. 8. November 1907, 20. November 1908 und 31. Januar 1909).

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

§ 101. Ziff. 4 (Nov.). Literatur: Finger, Die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen in Wettbewerbsstreitigkeiten, MschutzuWettbew. **9** 216.

Finger begründet seine schon früher vertretene Ansicht, wonach § 27 UnlWG. durch § 101 Ziff. 4 GVG. dahin ergänzt wird, daß vom 1. April 1910 ab die Kammern für Handelssachen auch für Klagen auf Grund des neuen UnlWG. Berufungs- und Beschwerdegerichte sind. Vgl. JDR. 8 Nr. 2.

§ 105 a. Literatur: Kann, Die zweitinstanzliche Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen, JW. **10** 699.

Kann, JW. **10** 699. Wenn beide Parteien Berufung einlegen und die eine Partei ihre Berufung bei der Zivilkammer, die andere bei der K. f. H. anbringt, so ist § 102 Abs. 1 entsprechend anwendbar. Der Rechtsstreit, d. h. das ganze Prozeßverhältnis, gelangt an die K. f. H. Demgemäß muß die K. f. H., sobald sie erfährt, daß auch die andere Partei Berufung eingelegt hat, von Amts wegen Termin zur Verhandlung auch über diese Berufung anberaumen, während die Zivilkammer ebenfalls von Amts wegen den von ihr angesetzten Termin aufhebt.

§ 108 a. Literatur: Kann (vgl. zu § 105 a).

1. Kann, JW. **10** 699 (700). Aus drei Gründen kann gemäß § 108 a GVG. die K. f. H. als Beschwerdegericht zuständig werden: weil die Hauptsache eine Handelssache ist, weil sie bereits bei der K. f. H. anhängig ist und endlich, weil die K. f. H. eine Entscheidung in der Hauptsache erlassen hat.

2. Kann, ebenda. Ist sowohl die Zivilkammer wie die K. f. H. zuständig, so entsteht, wenn bei beiden Kammern von jeder Partei Beschwerde eingelegt wird, eine ähnliche Prozeßlage, wie bei doppelter Berufung (vgl. hierüber § 105 a). Da § 102 hier nicht anwendbar ist, müssen sich beide Kammern nach Zweckmäßigkeitsgründen verständigen.

Achter Titel. Oberlandesgerichte.

§ 120. *Hugo Cahn, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Gutachten XXX. DJT. 552 (vgl. oben § 14 Nr. IV 1). In den letzten Jahren sind in den größeren Bundesstaaten behufs Zentralisierung der Rechtsprechung des gewerblichen Rechtsschutzes Spezialsenate bei einzelnen Oberlandesgerichten gebildet worden (PrMinErl. v. 11. Oktober 1907, BayMinEntschl. v. 8. November 1907, 20. November 1908 und 31. Januar 1909).

Neunter Titel. Reichsgericht.

Vorbemerkung: Über die Novelle und weitere Reform s. ZPO. § 545.

Literatur: Reichel, Horror pleni, R. **10** 345.

Reichel befürwortet eine Abschaffung des § 137, da der horror pleni eine unerfreuliche Erscheinung sei, die Rechtseinheit doch nur scheinbar gewahrt werde und die Beseitigung des § 137 auch zur Entlastung des RG. beitragen würde.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Literatur: Josef, Rechtshilfe durch Beurkundung von Erklärungen, ZBlFG. **10** 621

§ 157. 1. Über den Begriff der Rechtshilfe s. § 159 Nr. I.
2. Über die Reform der internationalen Vollstreckungsrechtshilfe s. ZPO. § 328 Nr. 4.

§ 159. I. Ablehnung, weil begrifflich kein Rechtshilfefall vorliege. 1. Josef, ZBlFG. **10** 621, wendet sich gegen **RG.** JDR. 8 Nr. 1. Im § 159 GVG. ist sachliche Unzuständigkeit des ersuchten Gerichts als Ablehnungsgrund des Ersuchens nicht aufgenommen, weil der Gesetzgeber für das ursprünglich auf Zivil- und Strafprozeß beschränkte Anwendungsgebiet der Vorschrift einen Fall der sachlichen Unzuständigkeit des ersuchten Gerichts nicht als möglich annahm. Der Gesetzgeber des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem dies und weiter bekannt war, daß in einzelnen Staaten die Zuständigkeit der Gerichte zu öffentlichen Beurkundungen ausgeschlossen sei und auf Grund des Art. 141 EGBGB. ausgeschlossen bleiben werde, hat aber dennoch im § 2 die unbeschränkte — nicht bloß entsprechende — Anwendung des § 159 auf die Rechtshilfe in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgeschrieben, also die Anwendung auch mit der Maßgabe, daß sachliche Unzuständigkeit des ersuchten Gerichts zu der verlangten Handlung die Ablehnung des Ersuchens nicht rechtfertigt. Folglich kann das ersuchte Gericht das Ersuchen nicht deshalb ablehnen, weil die verlangte Handlung eine öffentliche Beurkundung ist und nach dem Landesrechte des ersuchten Gerichts die Zuständigkeit der Gerichte zu öffentlichen Beurkundungen ausgeschlossen ist. Begriffsmäßig kann von Rechtshilfe sehr wohl die Rede sein, auch wenn die verlangte Handlung in ihrer Art dem Geschäftsbereiche des ersuchten Gerichts nicht angehört; dies ergibt sich aus § 194 Abs. 4 FGG., wonach die Verpflichtung der Gerichte zur Leistung der Rechtshilfe auch dann besteht, wenn die verlangte Verrichtung nach Landesrecht nichtgerichtlichen Behörden obliegt. Für die gedachte Absicht des Gesetzes spricht ferner der Umstand, daß die Zulässigkeit einer Ablehnung wegen sachlicher Unzuständigkeit zu Beurkundungen zahlreiche Zweifel und Schwierigkeiten im Gefolge haben würde.

2. **RG.** JW. **10** 717, GruchotsBeitr. **54** 823, WarnE. **3** 317. Keine Rechtshilfeverpflichtung liegt vor, wenn das Amtsgericht A., vor welchem ein Darlehnsschuldner die Eintragung einer Hypothek beantragt hat, das Amtsgericht B. ersucht, den vorstehenden Hypothekar darüber zu vernehmen, ob er bereit sei, der neuen Hypothek den Vorrang einzuräumen. Obwohl sich aus den Akten ergab, daß der Hypothekar hierzu bereit war, konnte der Weigerung des Amtsgerichts B. vom RG. nicht abgeholfen werden, weil das Ersuchungsschreiben nicht eine eigene Angelegenheit des ersuchenden Amtsgerichts A., sondern eine solche des Amtsgerichts B. betraf, und zwar einen unter § 167 FGG. fallenden einzelnen Beurkundungsakt. Hier kann lediglich die Dienstaufsichtsbehörde eingreifen, weil auch die Gerichte von der allen öffentlichen Behörden obliegenden Dienstpflicht nicht ausgenommen sind, die Erledigung ihrer Amtsgeschäfte sowohl sich wechselseitig, als auch den beteiligten Privatpersonen nach Möglichkeit zu erleichtern.

II. Rechtshilfe in Zivilprozeßsachen. 1. OLG. **20** 93 (Hamburg). Trifft das Prozeßgericht keine Entscheidung nach § 387, sondern ersucht es das Amtsgericht, den Zeugen nochmals zu vernehmen und darüber zu belehren, daß er kein Zeugnisverweigerungsrecht habe, so ist das Amtsgericht berechtigt, dieses letztere Ersuchen abzulehnen.

2. OLG. **20** 93 (Hamburg). Beschließt das Prozeßgericht, einen Zeugen beeidigt zu vernehmen, so kann der um die Beeidigung und Vernehmung ersuchte

Richter die Erledigung des Ersuchens nicht um deswillen ablehnen, weil er diese Entscheidung nicht für richtig hält.

3. a) RheinARV. **28** 45 (Düsseldorf). Ein Rechtshilfeersuchen (Erledigung eines Beweisbeschlusses) kann abgelehnt werden, wenn die beweiserheblichen Tatsachen nicht klargestelt sind. **b**) Ebenso RheinARV. **28** 46 (Düsseldorf).

III. Rechtshilfe in Vormundschaftssachen. 1. R. **10** Nr. 2286 (Colmar). Dem Ersuchen des Vormundschaftsgerichts an das Gericht des Wohnsitzes des Vaters eines unehelichen Kindes, ihn aufzufordern, daß er die rückständigen Unterhaltsbeiträge entrichte, widrigenfalls er die Klage des Vormundes zu gewärtigen habe, braucht nicht stattgegeben zu werden. Da diese Handlung auch unmittelbar vom ersuchenden Gericht aus vorgenommen werden kann, gehört es nicht zur Aufgabe des ersuchten Gerichts, dem ersuchenden lediglich als Übermittler der von ihm getroffenen Anordnung zu dienen.

2. OLG. **20** 93 (München). Kein Rechtshilfefall in Vormundschaftssachen liegt vor, wenn es sich um eine Obliegenheit des Vormundes handelt und nicht um eine den Gerichten übertragene Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (So ist z. B. der Rechtsverkehr des Vormundes mit Dritten in Angelegenheiten des Mündels Sache des Vormundes.)

§ 167. 1. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 57 ff. Liegen die Voraussetzungen des § 167 nicht vor, so sind außerhalb des Gerichtssprengels vorgenommene amtliche Handlungen absolut unwirksam. Es kommt indessen allein darauf an, ob das Gericht die Lage für gefährlich hielt, nicht darauf, ob sie gefährlich war (vgl. § 2249 Abs. 2 Satz 2 BGB.). Gleiches gilt im Zweifel auch von anderen Staatsakten.

2. *Jaritz, GruchotsBeitr. **54** 783 ff. Selbst wenn man die Beurkundung von Wechselprotesten als eine durch Artt. 87 ff. WO. den Gerichten überwiesene Angelegenheit ansehen wollte, wenn also gemäß § 2 RFGG. an sich die Vorschrift des § 167 GVG. Platz griffe, so wäre doch weiter zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Rechtshilfe in dem in Frage kommenden Einzelfalle gegeben sind. Wird der Protestbeamte des dem einen Bundesstaat angehörend n „Nachbarorts" (Art. 91 a WO.) beauftragt, einen Wechselprozeß aufzunehmen, bezüglich dessen sich infolge versehentlicher Verwechselung der Orte im Wechsel hinterher herausstellt, daß er — soll der Windprotest vermieden und an dem wirklichen Wohnorte protestiert werden — in dem „Nachbarorte" des anderen Bundesstaats stattzufinden hat, so fiel dieerbetene Amtshandlung von vornherein nicht in den Geschäftsbereich des Gerichts des fremdstaatlichen Nachbarorts. Unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, entfielen die Voraussetzungen des § 167 GVG., welcher verlangt, daß das ersuchende Gericht zu der erbetenen Amtshandlung an sich befugt ist. — Dazu kommt, daß § 167 auch überall da versagen würde, wo der jeweilige Nachbarstaat (wie z. B. Bremen) die Gerichte zur Protestierung von Wechseln überhaupt nicht ermächtigte (788, 789). — Von einer Anwendung des § 167 auf Gerichtsvollzieher kann keine Rede sein, weil § 167 richterliche oder der richterlichen Mitwirkung bedürfende Handlungen voraussetzt und auch eine analoge Anwendung des § 167 auf Gerichtsvollzieher wegen grundsätzlicher Bedenken ausgeschlossen erscheint.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

Vorbemerkung: Die früher viel behandelte Streitfrage (vgl. JDR. **3** §§ 178 ff. Nr. II c), ob die gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Bestrafung der Anwälte für Ungebühr in Schriftsätzen heute noch gelten, wird durch eine bejahende Entscheidung des OLG. Hamburg wieder in den Vordergrund gerückt, vgl. § 180 Nr. 2 a—d.

Literatur: v. Dassel, Kann ein Rechtsanwalt wegen einer in vorbereitenden Schriftsätzen begangenen Ungebühr in Ordnungsstrafe genommen werden? R. **10** 278. — Mannhardt, Strafgewalt der Gerichte wegen Ungebühr in Schriftsätzen, HansGZ. **10** Beibl. 229. — Nöldeke, Ungebühr in gerichtlichen Eingaben, DJZ. **10** 682.

§ 180. 1. ElsLothJZ. **10** 132 (Colmar). Der Rechtsanwalt macht sich einer Ungebühr schuldig, wenn er seiner Partei in ungehöriger Form den Rat gibt, einen etwaigen Vergleichsvorschlag des Richters abzulehnen.

2. Ungebühr der Rechtsanwälte in Schriftsätzen (s. JDR. **3** §§ 178 ff. Nr. II c). **a)** HansGZ. **10** Beibl. 181 (Hamburg). Die gemeinrechtliche Befugnis der Gerichte, für die in bei ihnen eingereichten Schriftsätzen begangene Ungebühr eine Geldstrafe zu verhängen, ist durch das GVG. nicht beseitigt worden. AM. KGJ. **8** 257 (KG.) gegenüber der abweichenden früheren Ansicht ebenda **2** 302, **8** 256 (Celle), DJZ. **04** 112, 208 (Jena). **b)** Hierzu zustimmend: v. Dassel, R. **10** 278, welcher die Entscheidung von OLG. Hamburg zustimmend referiert. **c)** Ebenso: Mannhardt, HansGZ. **10** Beibl. 229, welcher gemeinrechtliche Rechtsquellen über die Strafgewalt der Gerichte wegen Ungebühr in Schriftsätzen und einiges aus der Praxis des gemeinen Rechtes mitteilt. **d)** Anderer Meinung dagegen: Nöldeke, DJZ. **10** 682. Er bekämpft die Praxis des OLG. Hamburg und hält die Bestimmungen des gemeinen Rechtes als prozeßrechtliche Vorschriften durch § 14 EGZPO., § 6 EGStPO. für beseitigt.

§ 182. WürttZ. **22** 74 (Stuttgart). Unter Amtshandlungen außerhalb der Sitzung sind lediglich gerichtliche Verhandlungen, wie Vernehmungen von Beschuldigten, Zeugen, Sachverständigen usw. zu verstehen.

§ 184. ElsLothJZ. **10** 564, R. **10** Nr. 767 (Colmar). Der Beschluß über die Ordnungsstrafe und dessen Veranlassung sind in das vom Richter und dem Gerichtsschreiber zu unterzeichnende Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Ein bloß vom Richter unterschriebener Nachtrag zum Sitzungsprotokolle genügt nicht.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. 1. Abs. 2 Nr. 5. Wechselsachen = Wechselprozeßsachen. **a)** **RG.** III. JW. **10** 294 Nr. 35, SächsRpflA. **10** 171, LeipzZ. **10** 396 Nr. 18. Wechselsachen im Sinne dieser Vorschrift sind nur diejenigen Rechtsstreitigkeiten, die über einen im Wechselprozeß eingeklagten Anspruch aus einem Wechsel geführt werden (anders **RG.** SeuffA. **52** 339 und **RG. 64** 164). Wegen Verneinung der Fahrlässigkeit eines Rechtsanwalts bei Beurteilung dieser Rechtsfrage s. BGB. § 611 Nr. IV 2 d. **b)** Vgl. hierzu Baring, SächsRpflA. **10** 221.

2. Abs. 3. **a)** Wenn bereits verhandelt worden ist. α. SeuffBl. **10** 568 (LG. München). Dem vor dem Beginne der Gerichtsferien gestellten Antrag ist auch dann stattzugeben, wenn im gleichen Termine bereits widersprechende Anträge der Parteien gestellt waren und ein Beweisbeschluß ergangen war. β. JW. **10** 868/9 (LG. II Berlin). Dem Antrage, die Sache zur Feriensache zu erklären, kann, wenn bereits ein Termin zur mündlichen Verhandlung stattgefunden hat, in dem einander widersprechende Anträge gestellt worden sind, nur stattgegeben werden, wenn die Sache besonderer Beschleunigung bedarf. **b)** Wenn bereits Termin nach den Ferien anberaumt ist. α. JW. **10** 869 (LG. Gera). Dem Antrage, die Sache zur Feriensache zu erklären, ist auch noch dann stattzugeben, wenn bereits in der Sache Verhandlungstermin nach den Ferien anberaumt ist. β. JW. **10** 772 (AG. Magdeburg). Dem Antrag auf Bezeichnung einer Sache als Feriensache ist dann nicht stattzugeben, wenn in der Sache bereits ein Termin nach den Ferien anberaumt ist, es sei denn, daß die Klage so zeitig vor den Ferien eingereicht ist, daß der Kläger noch Anberaumung des Termins vor den Ferien erwarten konnte und deshalb den Antrag des § 202 Abs. 3 nicht gestellt hat.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 5. **RG.** R. **10** Nr. 4153. Der Herzog von Cumberland ist nicht Landesherr von Braunschweig.

§ 8. Satz 2. 1. BayObLG. **11** 144. Die Revision kann, wenn sich das Oberste Landesgericht zur Verhandlung und Entscheidung über die Revision für zuständig erklärt hat und diese Entscheidung dem Rechtsanwalte der Berufungsinstanz, der das Rechtsmittel eingelegt hat, zugestellt ist, nur von einem bei dem Obersten Landesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt zurückgenommen werden.

2. Ebenso BayObLG. **11** 528, R. **10** Nr. 3050.

Zivilprozeßordnung.

Allgemeine Vorbemerkung.

Allgemeine Fragen und Zivilprozeßreform. **A.** Allgemeine Fragen. Geltungsgebiet. Anwendung der Vorschriften des BGB. auf die ZPO. I. Anwendung der ZPO. auf das patentrechtliche Verfahren. **RG. 72** 242. Auch abgesehen von den ausdrücklich für anwendbar erklärten Vorschriften der ZPO. (§ 30 Abs. 1 Satz 2 u. 3 PatG.) sind manche Bestimmungen entsprechend anwendbar. Dies hat indes mit Vorsicht zu geschehen, und es ist stets im Einzelfalle zu prüfen, ob nicht infolge des auf dem öffentlichen Interesse beruhenden und des von der Offizialmaxime beherrschten patentrechtlichen Verfahrens die Anwendbarkeit zu verneinen ist. So wegen § 265 Abs. 2 vgl. § 265 Nr. 2.

II. Gerichtsbarkeit über fremde Staaten. (Der Fall von Hellfeld wider von Mendelssohn [Russisches Reich].) — Vgl. auch oben GVG. § 17 Nr. 1 u. 2.

Literatur: Fleischmann, Fremde Staaten vor deutschen Gerichten, R. **10** 49. — Kann, Die Rechtsverfolgung gegen ausländische Staaten, JW. **10** 176. — Loening, Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten, DJZ. **10** 161. — Niemeyer, Zur Gerichtsbarkeit über fremde Staaten, DJZ. **10** 105.

1. BöhmsZ. **20** 416, DJZ. **10** 808 (PrKompKonflGH.). Das Gericht hält an dem völkerrechtlich anerkannten Satze fest, daß fremde Staaten der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates nicht unterliegen, daß jedoch Ausnahmen hiervon zugelassen sind für die Fälle des Immobiliarprozesses und der freiwilligen Unterwerfung unter die fremde Gerichtsbarkeit. In bezug auf letztere ist zwischen der Unterwerfung unter die Rechtsprechung und der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu unterscheiden, da Rechtsprechung und Zwangsvollstreckung nicht untrennbar miteinander verbunden sind. Die Unterwerfung unter die Rechtsprechung enthält nicht auch zugleich ohne weiteres die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung.

2. Loening, DJZ. **10** 161, bespricht die Exemtion fremder Staaten und die Ausnahmen davon. In der Klagerhebung sieht Loening keine Unterwerfung unter die Widerklage. Der Kompetenzkonflikt ist auch gegen die Zwangsvollstreckung zulässig.

3. Fleischmann, R. **10** 49, erörtert die Exemtion der ausländischen Staaten. In der Klagerhebung des fremden Staates sieht Fleischmann eine Unterwerfung auch hinsichtlich einer Widerklage. Dagegen ist mit der Unterwerfung unter den Richterspruch nicht unter allen Umständen schon die Unterwerfung unter die staatliche Vollstreckungsgewalt gegeben. Erkenntnisverfahren und Vollstreckung sind wesentlich voneinander verschieden.

4. Kann, JW. **10** 176, erörtert die prinzipielle Exemtion der fremden Staaten und die Ausnahmen. Als solche nennt er folgende Fälle: Das forum rei sitae, das forum hereditatis, Klagen auf Abänderung der von dem eximierten Staate im Inlande veranlaßten behördlichen und prozessualen Maßnahmen, die Unterwerfung. Letztere kann vor der Klagerhebung durch völkerrechtlichen Vertrag oder nach der Klagerhebung durch Einlassung auf die Sache erfolgen; eine besondere Form der Unterwerfung ist die Erhebung einer Klage durch den ausländischen Staat vor dem deutschen Gerichte. Dagegen ist in der Klagerhebung nicht die Unterwerfung hinsichtlich einer möglicherweise vom Beklagten zu erhebenden Widerklage zu finden. — Das gegen den ausländischen Staat erlassene Urteil ist vollwirksam (auch im Falle der Unzulässigkeit) und vollstreckbar. Jedoch kommt als Vollstreckungsobjekt nur das im Inlande befindliche Vermögen des fremden Staates in Betracht.

5. Niemeyer, DJZ. **10** 105, fordert die staatsvertragliche Regelung der Gerichtsbarkeit fremder Staaten (Beseitigung der Exterritorialität), eventuell ein deutsches Reichsgesetz.

III. Der Rechtsschutzanspruch (s. JDR. 8 vor § 253). 1. Vgl. hierüber Krückmann, JheringsJ. **57** 1 ff. (insbes. §§ 4 ff.), oben BGB. § 275 Nr. 1 a.

2. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 102/105. Das Reich und die Bundesstaaten haben das Recht und die Pflicht zur Rechtspflege.

3. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung, I 77/82, 106/129. Eine auf einen bestimmten beim Gerichte zu erreichenden Erfolg gerichtete Prozeßhandlung ist Ausübung eines privatrechtlichen Anspruchs, wenn das Prozeßrecht die Handlung nur unter der Voraussetzung den erstrebten Erfolg haben läßt, daß der Handelnde behauptet, daß ihm dieser Anspruch zusteht. Wird diese — eventuell glaubhaft zu machende oder zu beweisende — Behauptung aufgestellt, so ist die Prozeßhandlung „prozessual rechtmäßig" — besser hieße es „formgerecht". Die Prozeßhandlung ist „materiell-rechtlich rechtmäßig" — besser hieße es einfach „rechtmäßig", wenn dem Handelnden der Anspruch wirklich zusteht.

4. OLG. **20** 91 (KG.). Für Steueransprüche ausländischer Staaten oder Gemeinden gegen einen früher im Ausland, jetzt im Inlande Wohnenden fehlt es an dem Rechtsschutzanspruche gegen den preußischen Staat. Nach völkerrechtlichen Grundsätzen können sich Akte der Souveränität (um solche handelt es sich hier, da das Steuerrecht ein Staatshoheitsrecht ist) nur dann in fremdes Staatsgebiet erstrecken, wenn dies durch völkerrechtliche Verträge geregelt ist. Hieran fehlt es auf dem Gebiete des Steuer-, Abgaben- und Gebührenwesens. — Wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs s. § 13 Nr. III 1 c.

IV. Prozeßhandlungen (s. JDR. 8 vor § 1 Nr. 4). Anwendung der Vorschriften des BGB. auf die ZPO.

Literatur: Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke. Breslau 1910, II 41 ff.

Hellwig. 1. Prozeßhandlungen sind alle Handlungen, welche als solche prozeßrechtlich geregelte Folgen haben. Auszuscheiden sind alle Handlungen, welche nur dem Privatrecht oder einem anderen öffentlich-rechtlichen Gebiet angehören, weil sie keinerlei prozessuale Folgen oder solche nur als sekundäre Begleiterscheinungen eines einem anderen Rechtsgebiet angehörenden Vorganges haben. — Prozeßhandlungen sind entweder Prozeßführungshandlungen oder Handlungen, die zwar einen prozessualen Erfolg haben, aber nicht jenem Zwecke dienen (49/50). — Die Prozeßhandlungen müssen ihrer Art nach zu ihrem Zwecke geeignet sein. Dies bedeutet einen fundamentalen Gegensatz zum Zivilrechte. Der Prozeß ist trotz wesentlicher Mängel anhängig. Im Prozesse kann man nie sagen: nihil actum

est, während im Zivilrechte die Handlungen Geisteskranker nichtig sind (aM. Nußbaum). — Prozeßhandlungen sind z. B. auch der Auftrag zur Zustellung (53) und in gewissem Sinne die Prozeßvollmacht (55). — Die Prozeßhandlungen sind im allgemeinen keine Rechtsgeschäfte, insbesondere sind die Klage und die Anträge nicht Rechtsgeschäfte, ihre Wirkungen treten nicht ein, weil sie gewollt sind (60—62). Kein Rechtsgeschäft ist das Anerkenntnis des Beklagten und der Verzicht des Klägers (68). Nur Prozeßhandlung und keine Willenserklärung ist das Geständnis (70). — Bei der gerichtlichen Ausübung von Gestaltungsrechten, die auch außergerichtlich ausgeübt werden können (z. B. Anfechtung), bestimmt sich die Wirkung der Erklärung inhaltlich nach bürgerlichem Rechte. Dagegen sind nach Prozeßrecht zu beurteilen insbesondere die Form, die Legitimation der Vertreter und die Möglichkeit der Zurücknahme (70—72). 2. Ausnahmsweise sind prozessuale Rechtsgeschäfte anzuerkennen, deren Merkmale darin bestehen, daß sie Willenserklärungen sind, inhaltlich eine fest bestimmte prozessuale Wirkung als gewollt bezeichnen, unwirksam sind, wenn ein Gültigkeitserfordernis fehlt, und insbesondere ihre Wirkung definitiv herbeiführen und prinzipiell unwiderruflich sind. — Die wichtigste prozessuale Vereinbarung ist der Prozeßvergleich, der meist zwei Bestandteile hat: a) Als prozessualer Vertrag bewirkt der Prozeßvergleich die Beendigung des Rechtsstreits. b) Davon unabhängig ist der meist damit verbundene zivilistische Vertrag, welcher eine Vereinbarung über den Prozeßgegenstand enthält. Meist bilden beide Bestandteile einen einheitlichen Vertrag. Liegt ein Grund vor, welcher die prozessuale Vereinbarung unwirksam macht (z. B. wegen Prozeßunfähigkeit) oder zur Anfechtung berechtigt (wegen Willensmängel, s. unten Ziff. 4 d) oder ergreift die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der materiell-rechtlichen Regelung gemäß § 139 BGB. auch die prozessuale, so wird dies in demselben Verfahren durch Ladung zur mündlichen Verhandlung geltend gemacht (80 ff.). — Privatrechtliche Verträge über prozessuale Befugnisse gibt es nicht, auch nicht in den Fällen, wo das Gesetz der Partei Spielraum für ihre Entschließungen läßt. So sind nichtig das Versprechen, Versäumnisurteil ergehen zu lassen, keinen Widerspruch zu erheben, die Klage zurückzunehmen, ein Rechtsmittel nicht einzulegen, falls es zu einem Urteile kommen sollte (aM. die herrschende Ansicht, welche den vorherigen Verzicht für wirksam hält). Einseitige Prozeßrechtsgeschäfte 91 ff. 3. Zulässigkeit von Bedingungen 96 ff. 4. Bei Vorliegen von Willensmängeln ist die Anwendung der Vorschriften §§ 116 ff. BGB. ausgeschlossen, weil die Prozeßhandlungen einen anderen Charakter haben als die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte, mit Ausnahme der wenigen prozessualen Rechtsgeschäfte (oben 2), und namentlich weil die §§ 119, 120 nur in Verbindung mit § 122 (negatives Interesse) möglich sind, eine Ausgleichung, der auf dem Gebiete der Prozeßhandlung nichts Gleichartiges an die Seite gesetzt werden kann. Ferner hat die ZPO. die Materie selbständig geregelt, teils ausdrücklich, teils durch vielseitiges Schweigen. Im Prozeßrechte gilt das Erklärte. Jedoch werden Willensmängel in folgender Weise berücksichtigt: a) Das Geständnis kann schlechthin bei Irrtum widerrufen werden. b) Die Eideszuschiebung kann gemäß § 457 widerrufen werden. c) Erklärungen des Vertreters können gemäß § 85 widerrufen oder berichtigt werden. d) Endlich gilt der Satz, daß jede im Prozesse begangene strafbare Handlung des Gegners oder seines Vertreters oder des eigenen Vertreters zur Anfechtung berechtigt (108). Dies folgt aus § 580 Nr. 4 (arg. a maiore ad minus). Die Anfechtung geschieht durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung. Unanfechtbar sind jedoch solche prozessualen Rechtsgeschäfte, die lediglich Bedeutung für die Art der Abwickelung des Prozesses haben, aber ohne Bedeutung für die Erreichung des Rechtsschutz-

zwecks sind. Zulässig ist dagegen (111—113) die Anfechtung α. der Zurücknahme der Klage oder eines Rechtsmitteleinspruchs, ferner des Prozeßvergleichs, und β. der Verzichte auf ein Urteil gemäß §§ 306, 307 und auf Rechtsmittel und Einspruch gegen erlassene Urteile (§§ 515, 516, 346). In den Fällen zu α wird zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung geladen. Ist aber bereits ein Urteil erlassen, so bleibt der Partei nur die Möglichkeit der Anfechtung des Urteils (→ durch Rechtsmittel. Red. ←) und wenn diese nicht besteht, die Restitutionsklage bzw. die Restitutionsbeschwerde des § 577 Abs. 2 Satz 3. In den Fällen zu β wird die Befugnis, auf die verzichtet worden ist, ausgeübt und die Geltendmachung des Verzichts durch die Anfechtung entkräftet. Voraussetzung ist, daß noch keine Rechtskraft eingetreten ist; in diesem Falle ist nur die Wiedereinsetzung oder die Restitutionsklage gegeben.

V. Wahrheitspflicht und Lügenverbot (s. JDR. 8 vor § 1 Nr. 5). — Vgl. hierzu auch unten Nr. VI.

Vorbemerkung: Unter Nr. 3 ist eine interessante Entscheidung des RG. mitgeteilt, welche das beliebte Argument der Anhänger der Wahrheitspflicht, in § 139 sei die Pflicht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts anerkennt, verwirft.

Literatur: Philipsborn, Wahrheitspflicht, Prozeßbetrug und Prozeßschikane. Aus der Festschrift für Franz v. Liszt, dargebracht von Schülern und früheren Mitgliedern des Berliner kriminalistischen Seminars (Berlin, O. Häring 1911) 188 ff. — Schneider, Die Lüge im Zivilprozesse (Haftpflichtversicherungsprozeß), LeipzZ. **10** 392.

1. *Philipsborn. a) Eine prozessuale Wahrheitspflicht besteht nach der ZPO. nicht. Ihre gesetzliche Einführung ist auch de lege ferenda nicht empfehlenswert. Die Annahme einer Wahrheitspflicht hätte zur Konsequenz auch die Annahme eines Zwanges zur Vollständigkeit. Danach würde ein Kläger, welcher die dem Beklagten zustehende Gegenforderung verschweigt, rechtswidrig handeln. Würde eine Wahrheitspflicht bestehen, müßte es auch eine Einlassungs und Erklärungspflicht geben. Beides ist nach der ZPO. nicht der Fall, insbesondere widerspricht die Ablehnung der Erklärungspflicht der Wahrheitspflicht in dem Sinne des Zwanges zur Vollständigkeit. Ebenso stehen die Verhandlungsmaxime, die Möglichkeit bindender unwahrer Geständnisse und die Verteilung der Beweislast mit dem Wahrheitszwang im Widerspruche. b) Die Nichtexistenz der Wahrheitspflicht gibt den Parteien jedoch kein Recht auf Lüge. Die Prozeßlügen sind nicht rechtswidrig, aber sie geschehen ohne Recht. Daher können sie sehr wohl eine strafbare Handlung, einen durch Täuschung begangenen Betrug bilden. In den weiteren strafrechtlichen Ausführungen wird gezeigt, daß dieser Prozeßbetrug durch jede, auch durch die sog. einfache Prozeßlüge begangen werden kann. Die herrschende Meinung und insbesondere die Judikatur des RG. ist inkonsequent, wenn sie annimmt, daß Prozeßbetrug nur durch gefälschte oder formal richtige, aber materiell unrichtige Beweismittel möglich ist. c) Schließlich wird Bindings Vorschlag zurückgewiesen, die Prozeßschikane als Sonderdelikt zu bestrafen.

2. Schneider, LeipzZ. **10** 392, führt ein Beispiel aus den Akten eines Haftpflichtversicherungsprozesses an, wonach eine Versicherungsgesellschaft den Prozeßbevollmächtigten des bei ihr versicherten Beklagten zu falschen Behauptungen und grundlosem Bestreiten veranlaßt hat.

3. **RG.** V. R. **10** Nr. 3784. Durch diese Vorschrift soll nicht das Inquisitionsprinzip eingeführt werden. Die hier dem Richter zur Pflicht gemachte Ausübung des Fragerechts dient nicht zur Aufklärung des „wahren Sachverhalts" im Sinne der sog. Inquisitionsmaxime, sondern im Rahmen der unseren Prozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime — abgesehen von den Er-

läuterungen unklarer Anträge — nur zur Ergänzung und Erläuterung des Parteivorbringens (vgl. **RG. 59** 94, GruchotsBeitr. **48** 938).

4. Die Lüge im Prozeß als Arrestgrund nach § 917. BadRpr. **10** 62 (Karlsruhe). Die ausgiebige Verwertung der Unwahrheit im Prozesse stellt sich als eine Handlung des Schuldners dar, wodurch die ordnungsmäßige Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird.

VI. Ausbeutung der Rechtskraft. Anwendung des § 826 BGB. Hierüber s. § 322 Nr. III.

VII. Vergleich (s. JDR. **8** vor § 1 Nr. 8, **7** Nr. 9) vgl. jetzt nur noch zu § 794.

B. Die Zivilprozeßreform.

Vorbemerkung: Die Zeit der Novellenflickarbeit dürfte vorüber sein. Mit Nachdruck wird von verschiedensten Seiten eine ganze Reform verlangt und als Vorbild die österreichische ZPO. gerühmt. Diesem Zwecke dienen vor allem die Veröffentlichungen der RheinZ., welche Mendelssohn Bartholdy mit trefflichen Ausführungen einleitet, vgl. Nr. 1. — Über die letzten beiden Novellen s. §§ 495, 545.

Literatur: Chiowenda, Der gegenwärtige Stand des Zivilprozesses in Italien und der Entwurf Orlando. Deutsch von Mendelssohn Bartholdy, RheinZ. **2** 456. — Gerland, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwickelung in England. Heft 6 der Zivilprozeßrechtlichen Forschungen, herausgegeben von Richard Schmidt. Berlin und Leipzig 1910. — Kohler, Zur Prozeßreform, RheinZ. **3** 1. — von Lewinski, Amerikanische Justizreform, DJZ. **10** 415. — Löw, Der Vortermin nach österreichischem Zivilprozeßrechte, SächsRpflA. **10** 553. — Mendelssohn Bartholdy, Programmatisches zur Prozeßreform, RheinZ. **2** 437. — Mirus, Die eidliche Vernehmung der Partei nach österreichischem Zivilprozeßrechte. SächsRpflA. **10** 529. — Noest, Vorschläge zur Verbesserung unseres Prozeßverfahrens. Berlin 1910. — Pound, Grundsätze der Prozeßreform. Deutsch von Mendelssohn Bartholdy, RheinZ. **2** 498. — Tissier, Der Entwurf zur Reform des Code de procédure civile. Deutsch von Mendelssohn Bartholdy, RheinZ. **2** 548.

I. Allgemeine Vorschläge zur Prozeßreform. 1. Mendelssohn Bartholdy, RheinZ. **2** 437, leitet die Reihe der von der RheinZ. beabsichtigten Veröffentlichungen zur Vorbereitung der Prozeßreform in Deutschland ein. Er verlangt eine ganze, auch technisch vollkommene Reform statt der verschiedenen Einzelversuche und führt aus, daß in England und Frankreich gleiche Bestrebungen herrschend seien, für die alle die österreichische ZPO. vorbildlich sei.

2. Kohler, RheinZ. **3** 1, empfiehlt für Deutschland einen möglichsten Anschluß an die österreichische Prozeßordnung, straffe Entwickelung der richterlichen Tätigkeit, Beseitigung des Parteieids und statt dessen zeugeneidliche Vernehmung, Einführung des Vortermins, Prozeßstrafen gegen Anwälte wegen unbegründeter Vertagungen, Beseitigung des Formalismus im Eideswesen und bei der Zustellung, Vereinfachung des Systems der Zwischenurteile und Zwischenbeschlüsse, Verbesserung des Versäumnisverfahrens, des Wiedereinsetzungsverfahrens, mindestens fakultative Zustellung der Urteile von Amts wegen, Entlastung des Richters von Versäumnis- und Anerkenntnisurteilen und Beseitigung des Tatbestandes, Herabsetzung der Zahl der Richter auf 3 in den Kollegien, auch beim RG., Regelung technischer Einzelheiten durch das RG. ohne Gesetz.

3. Noest schlägt Einschränkung der mündlichen Verhandlung vor, Zulassung der Berufung gegen den Beweisbeschluß (Beweisurteil), aber ohne aufschiebende Wirkung, um so die Eventualmaxime wieder einzuführen, und die allgemeine Einrichtung einer sofortigen Beweisaufnahme; dieses Verfahren soll den Parteien die Möglichkeit geben — über die §§ 485 ff. hinaus — lediglich streitige Tatsachen durch eine gerichtliche Beweisaufnahme feststellen zu lassen. Noest glaubt, daß nach einer derartigen Feststellung die Parteien leicht zu einem Vergleiche geneigt sein werden. ➸ Der Verf. vergißt hierbei, daß eine Feststellung seitens des Gerichts,

eine Auslegung und Würdigung des Beweises gar nicht stattfindet, der Streit also meist fortbestehen wird. Red. ←. Noest macht weiter ausführlichere Vorschläge zur Verbesserung der Zwangsvollstreckung insbesondere gegen böswillige Schuldner.

II. Rechtsvergleichung. 1. Österreich. a) Löw, SächsRpflA. **10** 553, schildert die österreichische Einrichtung des Vortermins und empfiehlt seine Einführung für Deutschland. b) Mirus, SächsRpflA. **10** 529, erörtert ausführlich die Bestimmungen der österreichischen ZPO. v. 1. Aug. 1895 §§ **376**—**378**, 489, wonach die eidliche oder uneidliche Vernehmung der Parteien als Beweismittel den Beweis durch Eid nach der deutschen ZPO. vertritt. Ihre Einführung haben in Österreich auf keinen Widerstand gestoßen und haben sich durchaus bewährt. Auf Grund der Statistik der Rechtspflege sei in dem Jahrzehnt 1898 bis 1907 ein stetiger Rückgang der Parteivernehmungen festzustellen.

2. England. Gerland spricht sich über die Verwertbarkeit der englischen Rechtseinrichtungen in Deutschland in verneinendem Sinne aus.

3. Amerika. a) Pound (Professor in Chicago), RheinZ. **2** 498, spricht über die Rechtspflege in Amerika, die so ganz anders geartet sei, wie auf dem Kontinent und England, und stellt eine Reihe von Grundsätzen für künftige Reformen auf. b) von Lewinski, DJZ. **10** 415, weist auf die Reformbestrebungen in Amerika hin, wo die bestehenden Rechtszustände (Kostspieligkeit und Verschleppung der Prozesse, Rechtsunsicherheit) unhaltbar seien.

4. Frankreich. Tissier (Professor in Paris), RheinZ. **2** 548, verlangt insbesondere Vereinfachung des Verfahrens und Stärkung der Amtsgewalt des Richters. Bespricht zwei französische Entwürfe aus dem Jahre 1894 und 1898, die diese Hauptprobleme unberührt lassen und nur in Einzelheiten Besserung bringen.

5. Italien. Chiovenda (Professor in Rom), RheinZ. **2** 456, bespricht die Reformfrage in Italien (Entwurf des Justizministers Orlando). Als Vorbilder empfiehlt er die deutsche und insbesondere die österreichische ZPO., insbesondere den Grundsatz der Mündlichkeit, d. h. eine zweckmäßige Verbindung von Schrift und Wort, den Grundsatz der physischen Einheit der Richterperson von Anfang bis Ende des Rechtsstreits (insbesondere Beweiserhebung nur vor dem entscheidenden Richter) und den Grundsatz der Konzentration (Verhinderung der Vertagungen).

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

Vorbemerkung: Die Judikatur über den Wert des Streitgegenstandes ist wieder recht zahlreich. Hervorgehoben seien die Entscheidungen zu § 3 Nr. 3, welche für die Praxis von besonderer Bedeutung sind, und die Kontroverse zwischen dem **RG.** und Jaeger über die Anfechtungsklage des Konkursverwalters (§ 6 Nr. 1).

§ 3. I. Anwendbarkeit von § 3. Grenzfälle gegen §§ 4—9. 1. **RG.** WarnE. **3** 305. Wenn es sich nicht um eine Grunddienstbarkeit, sondern um die Erfüllung einer unter der Herrschaft des BGB. durch Vertrag begründeten persönlichen Verpflichtung des Beklagten handelt, bezüglich deren eine Eintragung in das Grundbuch nicht einmal behauptet ist, so findet nicht § 7, sondern § 3 Anwendung.

2. Beseitigung von Hypotheken (wegen der Berechnung s. Nr. II 3 a α). a) PosMSchr. **10** 83 (Marienwerder). Der Streitwert bei Klagen auf Beseitigung von Belastungen (Hypotheken und Altenteil), die im Grundbuch eingetragen und, da sie vom Käufer nicht übernommen sind, vom Verkäufer zu löschen sind, ist gemäß § 3 nach dem Interesse des Klägers an der Löschung zu schätzen. b) Ebenso BadRpr. **10** 124 (Karlsruhe).

3. BayObLG. **10** 495 (München). In dem Verfahren über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung über die Gewährung des Unterhalts während der Dauer des Rechtsstreits über die Unterhaltspflicht ist der Wert nach freiem Ermessen zu bestimmen.

II. Grundsätze für die Schätzung. 1. Feststellungsklagen. **a)** BayObLG. **11** 177. Bei Feststellungsklagen wird — wenn auch nicht in allen Fällen, so doch in der Regel — sich der Wert des Streitgegenstandes nach dem Werte des Gegenstandes der Feststellung richten, also sich mit dem Werte decken, der für die Leistungsklage in Betracht kommt. Bei der Klage auf Feststellung einer bestrittenen subsidiären Baupflicht ist der Wert des Anspruchs auf Feststellung dem Werte gleich zu achten, den die Leistungen aus der Baupflicht haben. Der Betrag, um den der Beklagte dadurch benachteiligt zu sein glaubt, daß er vom Berufungsgerichte zur Anerkennung der bestrittenen Baupflicht verurteilt wurde, bildet daher den Wert des Beschwerdegegenstandes der von ihm eingelegten Revision. Der Wert der Leistung ist vom Gerichte gemäß § 3 ZPO. nach freiem Ermessen festzusetzen; dabei ist der Grundsatz anzuwenden, auf dem der § 9 ZPO. beruht. **b)** BayObLG. **11** 440. Bei einer Klage auf Feststellung ziffermäßig nicht bestimmter Ansprüche ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen des Revisionsgerichts zu bestimmen. Dabei ist das Revisionsgericht nicht auf die rechnerische Zusammenzählung der in Betracht kommenden Einzelleistungen angewiesen, sondern kann auch anderweiten Erwägungen Einfluß einräumen. Es kann daher, wenn es sich um die Leistungen handelt, die wegen der Folgen eines Unfalls an den Versicherten zu machen sind, berücksichtigen, daß die Unfallsfolgen nach der Art der Verletzung und dem Verlaufe der Heilung in absehbarer Zeit sich vollständig verlieren oder doch auf einen geringeren Grad herabsinken werden und eine fortdauernde Verminderung der Arbeitsbeschränktheit eintreten werde.

2. SeuffA. **65** 372, SchlHolstAnz. **10** 108 (Kiel). Für die Wertbestimmung im Sinne der ZPO. und des GKG. ist die Benutzung eines Hauses zum Bordell als wertbestimmender Umstand nicht zu berücksichtigen. Hierfür können nur erlaubte Benutzungsarten und Benutzungsmöglichkeiten in Betracht kommen.

3. Kaufvertrag. **a)** Klagen auf Erfüllung. α. BadRpr. **10** 124 (Karlsruhe). Für die Klage auf Löschung einer Hypothek, zu deren Beseitigung der beklagte Verkäufer vertraglich verpflichtet ist, ist der Wert des maßgebenden Interesses des Klägers mit dem Werte des belasteten Grundstücks identisch, nicht aber mit dem Betrage der Hypothek. Denn Kläger läuft höchstens Gefahr, daß ihm wegen der Belastung des Grundstücks mit der (ihn persönlich nicht berührenden) Hypothek das Grundstück entzogen wird. — Vgl. hierzu oben Nr. I 2. β. OLG. **21** 60 (Naumburg). Bei der Klage auf „grundbuchreine" Auflassung ist der Streitwert nach dem Kapitalwerte der eingetragenen Rente festzusetzen. γ. OLG. **21** 59 α (Naumburg). Bei der Klage auf Abnahme gekaufter Sachen ist als Streitwert der Gesamtkaufpreis, nicht nur der Betrag des dem Verkäufer entgehenden Gewinns, anzusehen, wenn es sich nicht um die Frage der Entgegennahme einer unstreitig gekauften Ware (wie in **RG. 57** 401), sondern um die Feststellung des streitigen Vertragsschlusses handelt. **b)** Klagen bei Nichtigkeit und Wandelung. α. SeuffA. **65** 473 (Bamberg). Der Streitwert der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Kaufvertrags ist der Betrag der Kaufgeldhypothek, welche der Käufer infolge der Nichtigkeit nicht zu zahlen hat unter Abzug des Wertes des Grundstücks. β. OLG. **21** 60 (KG.). Bei der Klage auf Rückauflassung infolge Wandelung ist das Interesse des Klägers maßgebend, daß ihm das Eigentum

des Grundstücks wieder abgenommen wird. Dieses Interesse ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruche des Klägers auf Rückgewähr des gezahlten und auf Befreiung von dem gestundeten Kaufpreise. Dieses Interesse kommt nur unter Umständen als werterhöhende Tatsache in Betracht. γ. OLG. **21** 60, SeuffBl. **10** 119 (München). Bei der Klage auf Rückauflassung wird der Wert des Streitgegenstandes nicht nach § 6 durch den Wert des Grundstücks, sondern gemäß § 3 durch das Interesse des Klägers, der Fürsorge für das Grundstück entbunden zu werden, bestimmt. δ. OLG. **21** 59 β (Naumburg). Bei der Klage auf Herausgabe einer widerrufenen Vollmacht zum Abschlusse eines Grundstückskaufvertrags mit einem Dritten ist das Interesse des Klägers an dieser Herausgabe maßgebend. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Vollmacht durch Widerruf dem Dritten gegenüber ohne weiteres kraftlos gemacht werden konnte und nach Lage der Sache nicht zu besorgen war, daß der Bevollmächtigte nach dem Widerrufe noch von der Vollmacht Gebrauch machen würde.

4. Einzelfälle. **a)** OLG. **21** 59 (KG.). Der Wert des Anspruchs auf Quittungserteilung (§ 368 BGB.) kann nicht ohne weiteres der Schuldsumme gleichgestellt werden, über die quittiert werden soll. Entscheidend ist das Interesse des Schuldners, das er an dem Besitze der Beweisurkunde hat. **b)** Bay. RpflZ. **10** 433 (München). Den Streitwert der Feststellung des Nichtbestehens einer Versicherung bildet nur der Betrag zweier Jahresprämien, denn auf mehr kann der Versicherungsnehmer nach den Versicherungsbedingungen nicht in Anspruch genommen werden, falls er wider seinen Willen an der Versicherung festgehalten wird. **c)** **RG.** R. **10** Nr. 3359. Bei der Berechnung des Streitwerts für eine Gläubigeranfechtung wegen Entziehung eines Grundstücks ist die Vorbelastung abzuziehen. **d)** OLG. **21** 62 (Naumburg). Bei der Klage von Miterben gegen Miterben auf Auflassung eines Nachlaßgrundstücks an Dritte ist nicht der Wert des ganzen Grundstücks, sondern nur des dem Erbteile der Beklagten entsprechenden Anteils am Grundstücke zugrunde zu legen.

5. Entsprechende Anwendung von §§ 6 und 8. **a)** **RG.** WarnE. **3** 411, LeipzZ. **10** 929 Nr. 25. Bei der Klage auf Herausgabe eines Hypothekenbriefs (Beweisurkunde) ist der Streitwert nach dem Interesse des Klägers zu schätzen. Da Kläger ein Pfändungspfandrecht an der Hypothek zur Entstehung und Verwirklichung bringen will, ist unter entsprechender Anwendung von § 6 der Wert des Pfändungspfandrechts zu berücksichtigen und der Streitwert daher annähernd nach dem Betrage der beizutreibenden Forderung zu bemessen. **b)** **RG.** WarnE. **3** 395. Es unterliegt keinem Bedenken, die im § 8 angeordnete Art der Berechnung des Streitwerts bei der auf Grund des § 3 nach freiem Ermessen vorzunehmenden Festsetzung zu beachten. So ist bei einem Streite zwischen den Parteien, ob Kläger oder Beklagter berechtigt ist, die Rechte aus dem Jagdpachtvertrag in Anspruch zu nehmen, das Interesse des Klägers an seinem Eintritt in den Pachtvertrag dem Gesamtbetrage der Pachtgelder gleichzustellen.

§ 4. Abs. 2. OLG. **21** 63 (KG.). § 4 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn der Kläger, der den Wechsel über 300 M. im Regreßweg eingelöst hat, vom Beklagten als Bürgen die Wechselschuld verlangt. Denn der Beklagte haftet hier nicht wechselmäßig.

§ 5. 1. Mehrere Ansprüche. OLG. **21** 62 η (München). Bei einer Klage, welche 1. wegen widerrechtlichen Abdrucks und Feilbietung eines Bildes auf 1000 M. Schadensersatz und 2. gemäß § 42 KunstUrhG. v. 9. Januar 1907 auf Vernichtung der noch vorhandenen Sonderabdrücke gerichtet ist, hat der Antrag zu 2 eine selbständige Bedeutung; es liegen also mehrere Ansprüche vor.

2. Identität des Streitgegenstandes in Klage und Widerklage. a) OLG. 21 62 ϑ (München). Wenn der Kläger die Herausgabe verschiedener Sachen beansprucht, die Widerklage dagegen die Nichtigkeit der Verträge, auf die sich die Klage stützt, festgestellt wissen will und damit die Unwirksamkeit der auf Grund dieser Verträge zur Sicherung der Forderungen des Klägers erfolgten Übereignung jener Sachen und einer zum gleichen Sicherungszweck abgetretenen Forderung dartun will, so hat keine gesonderte Gebührenbewertung für die Klage einzutreten. Maßgebend ist vielmehr der Inhalt der Widerklage, insoweit sie die Feststellung der Nichtigkeit sowohl der Vermögensübereignung als auch der Sicherheitsabtretung bezweckt. Nach § 6 bestimmt sich in diesem Falle der Streitwert nach der Höhe der sicherzustellenden Forderung. b) R. 10 Nr. 3773 (München). Ist mittels Klage Löschung einer Hypothek wegen Tilgung, mittels Widerklage Duldung der Vollstreckung der Zahlung der Hypothekenzinsen in das Grundstück begehrt, so ist eine Zusammenrechnung der Streitwerte unstatthaft. Der Streit dreht sich allein um die einzige Frage, ob die dingliche Haftung noch besteht. Klage und Widerklage betreffen denselben Streitgegenstand.

§ 6. Literatur: Reger, Wert des Streitgegenstandes im Falle des § 38 Ziff. 2 GKG., BayRpflZ. 10 333.

1. Anfechtungsklage des Konkursverwalters. a) **RG.** VII. JW. 10 114, GruchotsBeitr. 54 1156, R. 10 Nr. 738, LeipzZ. 10 226. Bei der Anfechtungsklage des Konkursverwalters, der gemäß § 30 KO. die Freigabe der gepfändeten Sachen zur Konkursmasse verlangt, sind §§ 6, 4 anwendbar, so daß es, wofern nicht der Wert der Pfandstücke geringer ist, auf den Betrag der Forderung ankommt, wobei gemäß § 4 Zinsen und Kosten außer Betracht zu lassen sind. Mit der Anfechtungsklage macht der Verwalter ein Widerspruchsrecht gegen den Dritten geltend, dem er die Berechtigung zur Verwertung der Sache streitig macht, weil diese wegen der unwirksamen Pfändung zu dem dem Zugriffe der anfechtenden Gläubiger noch unterliegenden Vermögen des Schuldners gehöre. Daher sind die im allgemeinen bei Widerspruchsklagen geltenden Grundsätze für die Berechnung des Streitwerts auch auf die Widerspruchsklage des anfechtenden Konkursverwalters anzuwenden. b) Hierzu Bemerkungen von Jaeger, LeipzZ. 10 228, gegen die Begründung des RG. Da die Konkursanfechtung nur obligatorisch wirkt, wie auch das RG. annimmt, so kann der Verwalter nicht dem Anfechtungsschuldner das Recht zur Verwertung mit der Begründung streitig machen, der Gegenstand gehöre noch zum Vermögen des Gemeinschuldners. Das träfe nur dann zu, wenn eine rechtsvernichtende Anfechtungserklärung im Sinne der §§ 142, 143 BGB. den Erwerb rückgängig gemacht hätte. — Doch hält auch Jaeger die §§ 6, 4 ZPO. für anwendbar, insofern die Anfechtungsklage als Rückgewähr im Sinne des § 37 KO. die Aufgabe eines anfechtbar erworbenen Pfandrechts anstrebt.

2. Versicherungsrecht. a) **RG.** LeipzZ. 10 146 Nr. 46. Der Streitwert kommt dem Betrage der Versicherungssumme gleich, über die die Lebensversicherungspolicen lauten, deren Übergabe die Kläger verlangen. Denn es handelt sich um Policen, die auf den Tod oder die Erreichung des 65. Lebensjahres gestellt sind und bereits bei Erhebung der Klage prämienfrei waren. b) SeuffBl. 10 532 (München). Der Streitwert für den Anspruch auf Herausgabe einer Lebensversicherungspolice gegen den Versicherten (oder den Versicherungsnehmer) wird durch die Versicherungssumme gebildet. Ein von der Versicherungsbank auf die Police gegebenes Darlehen ist nicht abzugsfähig.

3. BreslauAK. 10 50 (Breslau). Bei dem gegen den Ehemann gerichteten Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung bestimmt sich

der Wert des Streitgegenstandes nach dem Werte der gegen die Ehefrau eingeklagten Forderung. § 6 ist analog anzuwenden, da es sich um die Geltendmachung einer Forderung mit Beschränkung der Haftung auf das dem Nießbrauche des Ehemanns unterliegende Vermögen handelt. Dasselbe Ergebnis würde auch die Anwendung von § 3 ergeben, da das Interesse des Klägers an der Verwirklichung des Duldungsanspruchs dem vollen Betrage der Forderung gleich zu schätzen ist. — Dies gilt auch, wenn sich nach Erhebung der Klage herausstellt, daß Gütertrennung vorliegt, denn bei Erhebung der Klage ging der Kläger davon aus, daß gesetzlicher Güterstand vorliege.

4. Wert des Streitgegenstandes im Falle des § 38 Ziff. 2 GKG. Reger, BayRpflZ. **10** 333. Bei der Klage auf Einwilligung in die Rückgabe einer Sicherheit bemißt sich der Wert des Streitgegenstandes nicht nach dem Betrage der Forderung, für welche die Sicherheit bestellt ist, sondern nach dem Werte der Sicherheit. § 6 ist analog anzuwenden.

5. Entsprechende Anwendung von § 6 bei freier Schätzung s. § 3 Nr. II 5 a.

§ 7. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2850. Das Interesse des Eigentümers eines Grundstücks an dem Fortfall einer darauf lastenden Grundgerechtigkeit kann niemals den Wert des von der Grunddienstbarkeit betroffenen Teiles des dienenden Grundstücks übersteigen.

2. **RG.** WarnE. **3** 172. Wenn der Kläger (Eigentümer des dienenden Grundstücks) geltend macht, daß der Beklagte die ihm zustehende Grunddienstbarkeit in größerem Umfang ausübe, als er berechtigt sei, so ist dieser Streit über den Umfang des Rechtes hinsichtlich der Wertbemessung dem Streite über das Bestehen der Grunddienstbarkeit gleichzustellen.

3. Streitgegenstand bei einer persönlichen in das Grundbuch nicht eingetragenen Verpflichtung s. § 3 Nr. I 1.

§ 8. 1. Berechnung des Streitwerts bei der Klage auf Feststellung des Bestehens eines Jagdunterpachtvertrags. **RG.** JW. **10** 291, GruchotsBeitr. **54** 1107, R. **10** Nr. 1273. Andere Faktoren als der Jahreszins selbst sind unberücksichtigt zu lassen, z. B. die Jagdaufsichtskosten und Wildschadensersatzansprüche, selbst wenn die Verpflichtung zu ihrer Erstattung noch besonders festgestellt wird; letzteres ist lediglich eine Folgerung, welche sich aus dem Obsiege des Klägers in dem Streite über das Bestehen des Unterpachtvertrags ergibt.

2. Entsprechende Anwendung von § 8 auf einen Fall, der, streng genommen, nicht unter § 8 fällt, s. § 3 Nr. II 5 b.

§ 9. 1. ElsLothJZ. **10** 124 (Colmar). Für die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes einer Klage auf Freigabe einer hinterlegten Sicherheit ist der Betrag der zu sichernden Forderung zugrunde zu legen und nach § 9 a GKG. zu berechnen.

2. BraunschwZ. **10** 186 (Braunschweig). Bei Unfallregreßansprüchen der Berufsgenossenschaften gegen die Betriebsunternehmer und die diesen gleichgestellten Personen aus § 136 GUVG. ist der Wert des Streitgegenstandes nicht nach § 9 a GKG., sondern nach § 9 ZPO. zu berechnen. (Umgekehrt bei den Ansprüchen aus § 140 gegen Dritte, sofern der Anspruch des Verletzten ein solcher aus §§ 843, 844 BGB. ist.)

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: Für einen besonderen Wohnsitzbegriff der ZPO. tritt Mendelssohn Bartholdy in der zu § 13 genannten Abhandlung mit bemerkenswerten Ausführungen ein. — Zu der leidigen Frage der Gerichtsstandsvereinbarung in Formularen und anderen Urkunden sind wieder eine Reihe von Entscheidungen ergangen (s. § 29 Nr. 7). — Hingewiesen sei auch auf das Material zu § 32.

§ 12. 1. **RG.** JW. **10** 655 Nr. 16, LeipzZ. **10** 623 Nr. 26. Bei einer auf Anfechtung, Wandelung und unerlaubte Handlung gestützten Klage ist die Zuständigkeit für jeden Klagegrund besonders zu prüfen. Ein allgemeiner Gerichtsstand des Sachzusammenhanges ist der ZPO. und der Rechtsprechung unbekannt, vgl. **RG. 49** 421 und GruchotsBeitr. **50** 424.

2. Wechsel des Gerichtsstandes. OLG. **21** 67, DJZ. **10** 888, R. **10** Nr. 2851 (Hamburg). Wird bei Übergang von der Wandelungs- zur Minderungsklage das Gericht unzuständig (vgl. § 21), so kann sich der Kläger nicht darauf berufen, daß die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts bei Erhebung der Klage begründet gewesen sei und daher für die Minderungsklage nach § 263 Nr. 2 fortbesteht. Denn der Übergang von der Wandelung zur Minderung stellt sich als Klaganderung dar, so daß in bezug auf den nunmehrigen Anspruch Rechtshängigkeit durch die Zustellung der Klage nicht begründet worden ist. § 268 Nr. 3 findet keine Anwendung.

3. **RG.** JW. **10** 655 Nr. 16. Für die Anfechtungsklage, d. h. für den daraus hergeleiteten Bereicherungsanspruch ist nur der allgemeine Gerichtsstand gegeben.

§ 13. Literatur: Mendelssohn Bartholdy, Das BGB. und seine Nebengesetze (III Der Wohnsitz im bürgerlichen Recht und im Prozesse), SeuffBl. **10** 49, 91.

Mendelssohn Bartholdy, SeuffBl. **10** 49 f., 91 f., untersucht in Anknüpfung an **RG. 22** 385, **30** 347, nach welchen Vorschriften der Begriff des Wohnsitzes, den die ZPO. selbst nicht definiert, zu bestimmen ist. Gegen **RG.** verneint Mendelssohn die unterschiedslose Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. §§ 7 ff. Hinsichtlich der früheren Wohnsitzvorschriften der alten ZPO. kommt Mendelssohn zu folgendem Ergebnisse: Die Ausschaltung der Wohnsitzvorschriften aus der ZPO. in Verbindung mit der gleichzeitigen Einführung des BGB. ergibt, daß a) die Wohnsitzvorschriften des BGB. jetzt zugleich als Wohnsitzvorschriften der ZPO. anzusehen sind, soweit sie dem Sinne nach identisch sind mit den Wohnsitzvorschriften der alten ZPO.; b) die Wohnsitzvorschriften der alten ZPO., soweit das BGB. sie nicht enthält, jetzt noch als ungeschriebenes Prozeßrecht gelten und c) die Wohnsitzvorschriften des BGB., die der alten ZPO. fremd waren, auch heute noch nicht für die Bestimmung des Wohnsitzes als Zuständigkeitsgrund im Zivilprozesse verwendet werden dürfen; oder noch kürzer ausgedrückt: die Vorschriften der alten ZPO. über den Wohnsitz gelten heute noch wie vor dem 1. Jan. 1900; sie stehen nur zum Teil im BGB. und zum Teil sind sie ungeschriebenes Recht geworden (55—56). Mendelssohn untersucht sodann, in welcher Weise der Wohnsitzbegriff der ZPO. selbst zu bestimmen ist. Nach Ausscheidung der singulären Bestimmungen in § 23 Satz 2 und § 899 bleibt nur der Wohnsitz als erster Kompetenzgrund des allgemeinen Gerichtsstandes. Dessen ratio ist vom Standpunkt des Klägers aus zu finden. Danach muß der Wohnsitz für den Kläger in seinen tatsächlichen Grundlagen leicht erkennbar sein und in einer dauernden räumlichen Beziehung bestehen, die der Beklagte nicht jeder Zeit und ohne Mühe ändern oder aufheben kann (103—104). Von diesem Gesichtspunkte sind z. B. für den Gerichtsstand minderjähriger oder verheirateter Personen die im §§ 8 und 10 BGB. enthaltenen Rechtsgedanken nicht zu verwerten.

§ 16. 1. Aufenthalt. OLG. **20** 285 (Braunschweig). Es genügt, daß sich der Beklagte im Gerichtsbezirke so lange aufhält, daß ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann. Ob diese Zustellung in Person erfolgen kann oder an die in §§ 181, 183 Bezeichneten, ist dabei gleichgültig, nur muß Beklagter im letzteren Falle an dem Orte der Zustellung jedenfalls eine Wohnung oder ein Geschäftslokal haben.

2. OLG. **20** 286, R. **10** Nr. 1993 (Braunschweig). Ob ein Ausländer im Ausland einen Wohnsitz hat, richtet sich nach dem Rechte des ausländischen Staates.

§ 17. OLG. **20** 281, R. **10** Nr. 1994 (KG.). Eine Gesellschaft, als deren Sitz im Gesellschaftsvertrage Berlin bestimmt ist, hat ihren Sitz auch im Bezirke des LG. II. Da zur Zeit der Feststellung des Gesellschaftsvertrags Berlin einen einheitlichen LGBezirk gebildet hat, so ist es unerheblich, daß Berlin durch das G. v. 16. September 1899 für eine erheblich spätere Zeit in drei LGBezirke geteilt wurde.

§ 18. Literatur: Fritze und Werner, Prozeßvertretung des Fiskus in Preußen und im Reiche [2]. Berlin 1910.

1. Reichsmilitärfiskus. OLG. **20** 293, ElsLothJZ. **10** 312 (Colmar). In Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem Betriebe der Krümperfuhrwerke ergeben, wird der Reichsfiskus durch die Truppen-(Regiments-) Kommandeure vertreten, da ihnen die Verwaltung dieses Betriebs durch die AVf. des PrKriegsministers v. 28. Mai 1894, 17. April und 31. Juli 1906 überlassen ist.

2. Die Schutzgebiete. OLG. **20** 294 (KG.). Für Klagen, die sich auf eine sicherheitspolizeiliche Angelegenheit beziehen (Beschlagnahme von unerlaubt geführten Waffen), werden die deutschen Schutzgebiete durch den Gouverneur vertreten.

3. Der preußische Fiskus. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1118, WarnE. **3** 88. Nach einem allgemeinen Grundsatze wird der preußische Fiskus in Prozessen, welche die staatliche Vermögensverwaltung in den Provinzen betreffen, durch die Mittelinstanz (Provinzialbehörde) vertreten. Eine solche Mittelinstanz ist die Generalkommission. Sofern ihr also in der streitigen Angelegenheit (Besiedelungsangelegenheit) die freie und selbständige Verwaltung des fiskalischen Vermögens übertragen worden ist — auch durch eine Einzelanordnung des Ministers —, liegt ihr auch die prozessuale Vertretung ob.

4. Der Kreiskommunalverband. BraunschwZ. **10** 20 (Braunschweig). In Braunschweig wird in Prozessen der Kreiskommunalverband „durch die Herzogliche Kreisdirektion namens des Kreisausschusses" vertreten.

§ 20. OLG. **20** 286, R. **10** Nr. 1996 (KG.). Zu § 20 gehört auch der Fall, daß ein Reichstagsabgeordneter für die Dauer der Session am Sitze des Parlaments seinen Aufenthalt nimmt, gleichgültig, ob er eine Privatwohnung nimmt oder in einem Hotel absteigt.

§ 21. 1. SeuffA. **66** 79 (Hamburg). Zur Begründung des Gerichtsstandes ist nicht erforderlich, daß die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug habenden Bestellungen auch von der Zweigniederlassung aus erfolgen.

2. BayRpflZ. **10** 347 (Zweibrücken). Unter den Begriff der gewerblichen Niederlassung fällt nicht eine Stelle, die nur die Anwerbung von Arbeitskräften zu bewirken hat, wohl aber eine Stelle, der — nach außen hin selbständig — der Verschleiß der angefertigten Waren obliegt. Gleichgültig ist dabei, ob der Leiter der Stelle bei seiner Geschäftsführung an die Vorschriften der Hauptstelle gebunden ist, sofern er nicht offenkundig als deren Werkzeug handelt.

3. DJZ. **10** 888, R. **10** Nr. 2851 (Hamburg). Geht der Käufer von der nach § 21 zulässig erhobenen Wandelungsklage zur Minderungsklage über (nachdem er die Ware verkauft hat), so liegt eine Klagänderung vor und das Gericht wird unzuständig. Auf § 263 Nr. 2 kann sich der Kläger nicht berufen.

§ 23. 1. HansGZ. **10** Beibl. 222, R. **10** Nr. 1997 (Hamburg). Der Begriff des Vermögens verlangt, daß über die zum Vermögen gehörigen Gegenstände in irgendeiner Weise, sei es durch Veräußerung, Nutzung oder sonst von dem Inhaber selbständig verfügt werden kann. Das Wort Vermögen im § 23 ist im natürlichen wirtschaftlichen Sinne des Wortes zu verstehen, nicht im juristischen. Zum Vermögen im natürlichen Sinne gehört aber nur alles, was „nützt", und dazu können die rein theoretischen und unrealisierbaren Rechte eines Gesamthänders an

den einzelnen Gegenständen der Gesamtheit nicht gerechnet werden. Zur Begründung des Gerichtsstandes gegen einzelne Gesellschafter genügt es daher nicht, daß eine Forderung der Gesellschaft gegen einen deutschen Schuldner besteht.

2. FrankfRundsch. **44** 146 (Frankfurt). Einem aus § 23 begründeten Gerichtsstande kann sich der Beklagte nicht durch den Einwand entziehen, daß Kläger die Voraussetzungen des § 23 durch arglistiges Verhalten herbeigeführt habe.

§ 24. 1. OLG. Kiel in JDR. **8** Nr. 1 jetzt auch OLG. **21** 65.

2. OLG. **20** 289 (KG.). Verlangt der Kläger, daß die Beklagte die Löschung eines Teiles der für sie auf seinem Grundstück eingetragenen Vormerkung bewillige, weil sie insoweit nicht bestehe, so ist Gegenstand des Klagantrags die Freiheit des Eigentums, ebenso ist die Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf eine Sicherungshypothek eine dingliche Belastung. § 24 trifft also zu. **RG. 52** 41 steht nicht entgegen.

3. OLG. **20** 288, R. **10** Nr. 1999 (Breslau). § 24 gilt nicht für die Feststellungsklage, durch welche die Anerkennung der Unwirksamkeit der Kündigung einer Hypothek verlangt wird. Dieser Antrag berührt den dinglichen Bestand der Hypothek nicht, denn er betrifft nicht eine Änderung der eingetragenen Kündigungsbedingungen, sondern nur die Unzulässigkeit der Kündigung für einen bestimmten einzelnen Fall.

§ 29. 1. Kein Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei gesetzlichen Verpflichtungen. **a)** KGBl. **10** 106 (KG.). Das Anwendungsgebiet des § 29 beschränkt sich auf Klagen aus obligatorischen Verträgen und ist nicht auf Verpflichtungen aus Schuldverhältnissen auszudehnen, die unmittelbar aus dem Gesetz entspringen. § 29 ist also nicht anwendbar, wenn der Kläger die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe von Urkunden nicht aus einer Vertragsabrede, sondern aus der gesetzlichen Bestimmung des § 371 BGB. herleitet. **b)** OLG. **20** 290 (Braunschweig). § 29 ist für den Entschädigungsanspruch wegen Rücktritts vom Verlöbnisse nicht gegeben. Der Anspruch ist kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines Vertrags, sondern er beruht unmittelbar auf dem Gesetze. Der Verlöbnisvertrag ist lediglich eine Voraussetzung oder ein Begriffsmerkmal der gesetzlichen Verpflichtung des die Auflösung des familienrechtlichen Bandes schuldhaft veranlassenden Verlobten.

2. SächsOLG. **31** 473 (Dresden). Für die Klage des Drittschuldners auf Feststellung, daß durch die Pfändung der Lohnforderung aus prozessualen Gründen für den Pfändungsgläubiger keine Rechte entstanden seien, besteht kein besonderer Gerichtsstand, insbesondere ist § 29 nicht gegeben, denn das Bestehen des Dienstvertrags wird nicht in Streit gezogen und ebensowenig seine Erfüllung.

3. Vertrag im Sinne von § 29. SeuffA. **65** 334 (Dresden). § 29 gilt auch für den Anspruch des Indossatars gegen den Wechselakzeptanten. Dieser Anspruch ist ein Anspruch aus dem Vertrag im Sinne von § 29 nicht nur, wenn man zur Entstehung der Wechselverbindlichkeit einen Begebungsvertrag erfordert, sondern auch vom Standpunkt der Kreationstheorie aus. Das Wort „Vertrag" im § 24 ist nicht in einem so engen Sinne zu verstehen, daß eine Willenseinigung erforderlich wäre, die zwischen zwei bestimmten einander direkt gegenüberstehenden Personen erklärt wird und auf Entstehung einer Obligation gerichtet ist (**RG. 21** 401).

4. Streitige Verpflichtung. **RG.** JDR. 8 Nr. 2 jetzt auch SächsRpflA. **10** 68.

5. Nebenverpflichtung. RG. JW. **10** 620, WarnE. **3** 266, LeipzZ. **10** 623 Nr. 27, HoldheimsMSchr. **10** 269, R. **10** Nr. 2211. Wenn die Vertragsstrafe zur Sicherung der Erfüllung mehrerer Verpflichtungen versprochen worden ist, die im Verhältnisse von Haupt- und Nebenverpflichtungen zueinander stehen, so ist der Ort, wo die Hauptverpflichtung zu erfüllen ist, auch der Erfüllungsort für die Vertragsstrafe; vgl. RG. JDR. **7** § 29 Ziff. 6 e.

6. Wandelungsklagen. **a)** *Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 179, 180, s. o. Ziff. 3 **a** zu § 269 BGB. **b)** Wandelungsklage nach Untergang der Sache. OLG. **20** 291, R. **10** Nr. 2000 (München). Auch nach Untergang der Kaufsache — z. B. wenn sie auf polizeiliche Anordnung als gesundheitsschädlich vernichtetworden ist — ist der Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen der Ort, wo sich die Sache infolge des Vertrags befindet.

7. Vereinbarter Erfüllungsort und Gerichtsstand. **a)** RG. II. GruchotsBeitr. **54** 676, SeuffBl. **10** 569, LeipzZ. **10** 629 Nr. 3, R. **10** Nr. 115) — unter Aufhebung von OLG. München JDR. **8** § 29 Nr. 5 d. Die nackte Behauptung des Ausstellers, er habe die Urkunde unterschrieben, ohne sie zu lesen, genügt nicht zur Entkräftung einer den Erfüllungsort betreffenden Klausel in einer vom Besteller unterschriebenen Kommissionsnote. Nur ausnahmsweise, wenn er besondere Umstände dartut, und nachweist, die das Nichtlesen erklären und entschuldigen können, wie z. B. im Falle arglistiger Täuschung, kann der Aussteller mit der Einwendung gehört werden. Hierzu reicht die bloße Behauptung nicht aus, daß der Vermerk betreffs des Erfüllungsorts am Kopfe der Kommissionsnote und von den übrigen Vertragsbedingungen durch einen roten Strich getrennt gestanden habe. **b)** OLG. **21** 66, R. **10** Nr. 937 (Braunschweig). An den im Bestellschein angegebenen Erfüllungsort ist der Besteller gebunden, da der Reisende auf die vorgedruckten Vertragsbedingungen schon bei der mündlichen Beredung als einen maßgebenden Vertragsbestandteil ausdrücklich hingewiesen hat, der Besteller sich also bewußt war, daß er durch seine Unterschrift auch diesen Bestimmungen zustimme, selbst wenn sie ihm im einzelnen mündlich nicht mitgeteilt sind und er sich nicht um sie gekümmert hat. **c)** KGBl. **10** 20 (KG). Da der Kläger im Bestätigungsschreibeus erklärt hatte, daß er unter den dem Beklagten bekannten Geschäftsbedingungen liefern werde, hätte letzterer, wenn er mit den Bedingungen nicht einverstanden war, nach Treu und Glauben widersprechen müssen; er wußte aus dem Inhalte der ihm im vorangegangenen Monat über eine frühere Lieferung zugegangenen Rechnung, daß der Erfüllungsort Berlin von dem Kläger als Geschäftsbedingung in Anspruch genommen werde. Dieser Bedingung hat er zugestimmt, indem er die Ware, deren Abgang bei Absendung des Bestätigungsschreibens erst bevorstand, bei ihrem späteren Eintreffen angenommen hat. **d)** OLG. **21** 66 (Braunschweig). Nach dem allgemein verständlichen Sinne kann die Bestimmung „Erfüllungsort für Zahlung ist B." nicht anders verstanden werden, als daß sich der Kläger an dem Orte seiner Handelsniederlassung einen Gerichtsstand für die Klage auf Zahlung hat sichern wollen. Der Beklagte kann sich also nicht darauf berufen, daß er die Bedeutung der Klausel nicht verstanden habe. **e)** KGBl. **10** 60 (LG. II Berlin). Wird Berlin als Gerichtsstand vereinbart, so wird stets eine große Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß die Parteien sich nicht der Jurisdiktion eines beliebigen Berliner Gerichts unterwerfen wollten, sondern nur desjenigen Gerichts, zu dem der größte Teil der Geschäftsgegend von Berlin gehört und das zum mindesten derjenigen von beiden Parteien, die grundsätzlich bei ihren Verträgen sich Berlin als Gerichtsstand ausbedingt, die größte

Gewähr für eine gleichartige Rechtsprechung bietet. f) HessRspr. **11** 34 Nr. 3 (Darmstadt). Bei einem Widerspruch in den Vertragsbedingungen der Kommissionskopie und des Bestätigungsschreibens ist letzteres maßgebend. Das Bestätigungsschreiben hat den Zweck, den vollständigen Vertragsinhalt urkundlich festzulegen. **g)** SchlHolstAnz. **10** 252 (Kiel). Der einseitige Vermerk auf den Rechnungen „Beiderseitiger Erfüllungsort: N." ist auch bei fortgesetzten Warenbestellungen ohne rechtliche Bedeutung. Er ist es auch in Verbindung mit den früheren Bestätigungsschreiben. Weder ein Handelsgebrauch, noch Treu und Glauben verpflichten den Besteller, mit Rücksicht auf die Bestätigungsschreiben gegen den Vermerk auf den Rechnungen Widerspruch zu erheben. **h)** OLG. Stuttgart IDR. **8** § 29 Nr. 5 e jetzt auch WürttZ. **22** 14.

§ 32. Literatur: Degen, **Einstweilige Verfügungen auf Unterlassung von Patentverletzungen usw. im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.)? LeizZ. 10 442.**

1. Genügt die Behauptung einer unerlaubten Handlung? **a)** **RG.** VI. JW. **10** 709 Nr. 14, GruchotsBeitr. **54** 1110, LeipzZ. **10** 686 Nr. 20, BayRpflZ. **10** 312. Die bloße Behauptung des Klägers über das Vorliegen einer unerlaubten Handlung ist nicht in dem Sinne maßgebend, daß das Gericht hieran schlechthin gebunden und der eigenen Würdigung der Rechtsnatur des Klaganspruchs enthoben wäre. Eine rein willkürliche Bezeichnung des klagebegründenden Vorganges als „unerlaubter Handlung" wäre nicht entscheidend. Um die Zuständigkeit nach § 32 zu begründen, ist die Anführung solcher Tatsachen erforderlich, die sich bei richtiger rechtlicher Würdigung ihrer Art nach als unerlaubte Handlung darstellen, wenigstens eine solche enthalten können. **b)** SeuffA. **65** 335 (Dresden). Es genügt zur Anwendung von § 32 die bloße Behauptung des Klägers von der Deliktsnatur der Handlung. Nachzuweisen ist beim Bestreiten des Beklagten lediglich die Handlung als solche und der Ort ihrer Begehung, nicht, ob die behaupteten Tatsachen wirklich eine unerlaubte Handlung darstellen und eine Haftung begründen. So ist § 32 anwendbar, wenn der Kläger, über den der Beklagte eine sog. Archivauskunft erteilt hatte, den Widerruf der fahrlässig erteilten Auskunft verlangt (§§ 823 Abs. 1, 249 BGB.).

2. Verhältnis zu § 767. **RG.** VI. JW. **10** 709 Nr. 14, GruchotsBeitr. **54** 1110, BayRpflZ. **10** 312, WarnE. **3** 311, R. **10** Nr. 2592. Obwohl die Klagetatsachen gleichzeitig den Tatbestand der Vollstreckungsgegenklage erfüllen, nötigt die Ausschließlichkeit der im § 767 normierten Zuständigkeit dann nicht zum Ausschlusse des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung, wenn es sich um eine selbständige Deliktsklage handelt, wenn nicht etwa nur die Umgehung der gesetzlichen Kompetenzvorschrift bezweckt, sondern ein durch den Rechtsbehelf des § 767 nicht gedeckter Anspruch aus unerlaubter Handlung verfolgt wird.

3. Zuständigkeit bei zusammengesetzten Delikten. **RG.** (VerZS.) IDR. 8 § 32 Nr. 2 jetzt auch **RG. 72** 41, SeuffA. **65** 244, NaumburgAK. **10** 11, Mschutzu.Wettbew. **9** 226, ZIndR. **10** 83, Mitt. v. VDP. **10** 13, R. **10** Nr. 936.

4. OLG. **21** 68 e, HansGZ. **10** Beibl. 223 (Hamburg). Für die Anfechtungsklagen aus § 3 Ziff. 1 und 2 AnfG. ist auch der Gerichtsstand des § 32 gegeben. Denn es ist ein Verstoß gegen die gute Sitte, wenn jemand einem insolventen Schuldner wissentlich Beistand leistet in dem Bestreben, seine Gläubiger um ihr Geld zu bringen (§ 826 BGB.). Der Akt, aus dem der Klaganspruch hergeleitet wird, ist also eine unerlaubte Handlung; daß das Klagepetitum nicht auf Schadensersatz, sondern auf Rückgewähr gerichtet ist, ist unerheblich (gegen Jaeger).

Auch die Ziff. 2 beruht auf der Vermutung eines fraudulösen Zusammenwirkens zwischen dem Schuldner und seinem Ehegatten bzw. Verwandten.

5. SeuffA. **65** 373 (Jena). Wenn ein Kaufvertrag wegen Arglist nach § 123 BGB. angefochten wird, so hat die auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Klage eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 32 zum Gegenstande. Wenn die Klage als solche auch eine Bereicherungsklage ist, so bildet doch das schuldhafte rechtswidrige Handeln des Beklagten die Grundlage der Haftung aus der Bereicherung und damit den Gegenstand der Klage.

6. Degen, LeipzZ. **10** 442 f. Der Anspruch auf Unterlassung von Handlungen, die ein Urheber-, Patent-, Muster- oder Zeichenrecht verletzen, kann im Gerichtsstande des § 32 ZPO. nicht erhoben werden, weil die abwehrende Klage sich auf das absolute Recht aus dem Patente, Gebrauchsmuster usw. und dessen objektive Verletzung gründet. Folge hiervon ist, daß auch die vorläufige Untersagung der rechtsverletzenden Handlung durch einstweilige Verfügung soweit dieselbe die Verwirklichung des Unterlassungsanspruchs sichern soll (§ 935 ZPO.), bei dem betreffenden Gerichte nicht erwirkt werden kann. — Die Zuständigkeit des Gerichts des Tatorts für die Entscheidung über das erstrebte Verbot kann aber der Verletzte wenigstens in allen denjenigen Fällen herbeiführen, in denen eine zum Schadensersatze verpflichtende, vorsätzliche oder grobfahrlässige Rechtsverletzung vorliegt oder doch behauptet wird. — de lege ferenda muß eine Vorschrift erstrebt werden, die das Gericht, in dessen Bezirke die verletzende Handlung begangen ist, für alle dieserhalb gegen den Verletzer zu erhebenden Ansprüche ausdrücklich für zuständig erklärt.

§ 33. 1. Liegt in der Klagerhebung durch einen ausländischen Staat vor dem deutschen Richter die Unterwerfung unter die deutsche Gerichtsbarkeit auch hinsichtlich einer möglicherweise vom Beklagten zu erhebenden Widerklage? Vgl. hierüber Allg. Vorbemerkung S. 656 A II.

2. FrankfRundsch. **44** 151 (Frankfurt). Die Frage der Zulässigkeit der Widerklage ist regelmäßig nicht von Amts wegen zu prüfen, vielmehr wird, sofern nicht § 40 entgegensteht, ein etwaiger Mangel der Zulässigkeit durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht des Gegners gehoben.

3. **RG.** WarnE. **3** 496. Gegenüber der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils (§ 1042) ist eine Widerklage, für welche die Voraussetzungen des § 33 gegeben sind, unbedenklich zulässig.

4. **RG.** WarnE. **3** 498, R. **10** Nr. 4113. Unzulässige Widerklage, wenn gegenüber der Klage, welche sich überhaupt nicht auf ein Vertragsverhältnis, sondern lediglich auf die Vorschrift des § 118 GothBergG. stützt, wonach jeder eingetragene Gewerke die Ausfertigung eines Kuxscheins verlangen kann, mit der Widerklage Erfüllung des Vertrags beansprucht wird, durch welchen der Kläger die Kuxe, über die er die Ausfertigung des Kuxscheins begehrt, erworben hat.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. OLG. **20** 292 (Hamburg). Ortsangaben auf Briefbogen haben nicht die Bedeutung, daß der Absender den Willen hatte und erklären wollte, sich an dem betreffenden Orte verklagen zu lassen. Der Gedanke, daß die Empfänger der Briefe einmal in die Lage kommen könnten, gegen den Absender zu klagen, ist im gewöhnlichen Geschäftsverkehre so fernliegend, daß unmöglich angenommen werden kann, wer auf gedruckten Briefformularen seinen Postbezirk vermerkt, wolle damit für den Fall, daß er verklagt werden sollte, eine bindende Willenserklärung über den Gerichtsstand abgeben, und ebensowenig ist anzunehmen, daß, wer solche Briefe empfängt, aus der Angabe des Postbezirkes eine derartige Schlußfolgerung zieht.

§ 40. RG. N. **10** Nr. 4115. Anträge auf Statusfeststellung sind nicht vermögensrechtlich, auch wenn nur vermögensrechtliche Wirkungen angestrebt werden.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

Literatur: Flatau, Mißbrauch des gesetzlichen Rechts auf Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit, DJZ. **10** 192.

§ 41. Nr. 6. **RG.** N. **10** Nr. 2212. Mitwirkung bei der Armenrechtsverweigerung der Vorinstanz schließt nicht von der Ausübung des Richteramts in der Oberinstanz aus.

§ 42. 1. Reform. Flatau, DJZ. **10** 192. Da die bestehenden Bestimmungen den Mißbrauch nicht verhüten, so schlägt Flatau eine Änderung dahin vor, daß der Richter, der offenbar nur in Verschleppungsabsicht abgelehnt wird, bei der Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs mitwirken darf, etwa im Anschluß an § 20 StProzEntw. 1908.

2. OLG. **21** 68 (Hamburg). Eine Ablehnung der sämtlichen Mitglieder eines Gerichts ist kein gehöriges Ablehnungsgesuch und deshalb unbeachtlich.

3. OLG. **21** 68 (Hamburg). Es ist nicht zulässig, daß eine Partei im voraus Richter ablehnt, welche sich mit dem schwebenden Rechtsstreite nicht zu befassen haben und von denen völlig dahinsteht, ob sie sich jemals damit zu befassen haben werden.

§ 49. 1. SächsOLG. **31** 476 (Dresden). Die Bestimmung im § 41 Nr. 4 findet auf den nach § 25 Abs. 1 RAO. bestellten Generalsubstituten Anwendung.

2. SächsOLG. **31** 476 (Dresden). Die Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Gerichtsschreibers bewirkt nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der auf Grund der Handlungen eines solchen Gerichtsschreibers vorgenommenen richterlichen Handlungen, z. B. der Entscheidung, die auf eine von einem solchen Gerichtsschreiber protokollierte mündliche Verhandlung ergangen ist. Dagegen kann das Mitwirken eines solchen Gerichtsschreibers mittelbar die Anfechtbarkeit des darauf ergangenen Urteils zur Folge haben, und zwar dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß das Urteil auf dieser Mitwirkung wenigstens teilweise beruht. Die Anfechtbarkeit ist insbesondere dann gegeben, wenn mit der Berufung die Beweisunkräftigkeit des Sitzungsprotokolls, die durch die gesetzwidrige Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Gerichtsschreibers veranlaßt wird, als Grund für die Aufhebung des angefochtenen Urteils geltend gemacht wird.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vorbemerkung: Von Bedeutung ist die Entscheidung des **RG.** zu § 56 Nr. 1, wonach die Legitimation des Testamentsvollstreckers nicht nur durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis erbracht werden kann.

§ 50. Literatur: Lindemann, Der nicht rechtsfähige Verein (8. Abschnitt: Im Rechtsstreit). Berlin 1910.

1. Die Intendanturen der Kgl. Theater. OLG. Frankfurt, JDR. 8 Nr. 2 jetzt auch FrankfRundsch. **44** 36.

2. Die selbständigen Gutsbezirke. **RG.** V. GruchotsBeitr. **54** 1116, WarnE. **3** 172 — unter Aufhebung von OLG. Königsberg JDR. 8 Nr. 3 —. Der selbständige Gutsbezirk in Preußen ist nicht privatrechtsfähig und nicht parteifähig. Träger der Rechte und Pflichten ist der Gutsherr, d. h., solange das Gut nicht durch die vollständige Zerstückelung untergegangen ist, der Eigentümer des Gutes. Trotzdem ist die im Namen des Gutsbezirkes erhobene Klage nicht abzuweisen, wenn es sich nur um unrichtige Parteibezeichnung handelt und tatsächlich die Klage vom Gutsherrn erhoben ist.

3. Abs. 2. OLG. **20** 295 (Hamburg). Ein nicht eingetragener Verband, dem sowohl rechtsfähige wie nicht rechtsfähige Vereine angehören, ist ein nicht rechtsfähiger Verein. Sollte der Beitritt der nicht rechtsfähigen Vereine, die Mitglieder des Verbandes hatten werden sollen, rechtsunwirksam geblieben sein, so würde das die rechtswirksame Entstehung eines von den beigetretenen juristischen Personen gebildeten (nicht rechtsfähigen) Vereins nicht gehindert haben.

§ 51. 1. Vertretung des Reichsmilitärfiskus, der Schutzgebiete, des preußischen Fiskus und des braunschweigischen Kreiskommunalverbandes s. § 18 Nr. 1—4.

2. RheinZ. **2** 399 (Colmar). Zur Klage gegen die Erben eines in einer Bezirks-Irrenanstalt Untergebrachten auf Erstattung der Kosten für seine Verpflegung gemäß Art. 27 Abs. 3 des in Elsaß-Lothringen geltenden französischen Gesetzes vom 30. Juni 1838 ist nicht der Bezirkspräsident, sondern die Verkehrssteuerverwaltung legitimiert.

§ 52. SeuffA. **65** 463 (Dresden). Hat der Ehemann der Klagerhebung seiner Frau zugestimmt, so ist sie zur Klagerücknahme und zum Verzicht auf das Klagerecht selbständig befugt.

§ 56. 1. Nachweis der Legitimation des Testamentsvollstreckers. **RG.** VI. WarnE. **3** 364. Der Nachweis der Legitimation des Testamentsvollstreckers braucht nicht notwendig durch ein Zeugnis gemäß § 2368 BGB. geführt zu werden. Ebenso wie der Nachweis der Erbfolge nicht nur durch den Erbschein erbracht werden kann, steht es auch dem Testamentsvollstrecker frei, seine Legitimation auf andere Weise, als durch Vorlegung des Zeugnisses, zu erweisen, z. B. durch das seine Ernennung enthaltende Testament und die bei dem Nachlaßgericht eingereichte schriftliche Annahmeerklärung.

2. KGBl. **10** 86 (KG.). Das Gericht ist nur dann berechtigt, den Nachweis der Legitimation eines im Klagerubrum angegebenen gesetzlichen Vertreters einer juristischen Person zu verlangen, wenn Anhaltspunkte zu Zweifeln in die Richtigkeit der Angabe vorliegen.

3. ElsLothJZ. **10** 614 (Colmar). Die von dem schon zur Zeit der Klagerhebung Prozeßunfähigen durch den Pfleger eingelegte Berufung ist nicht als unstatthaft zu verwerfen; vielmehr ist an sich das Verfahren erster Instanz aufzuheben; da aber gemäß § 300 Entscheidungsreife vorliegt, so ist die Klage unter Aufhebung des Urteils abzuweisen.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

Vorbemerkung: Der Aufsatz von Josef (§ 62 Nr. 1) behandelt nicht nur die Klagen gegen Miteigentümer, sondern die wichtigen Punkte der Lehre von der notwendigen Streitgenossenschaft überhaupt.

Literatur: Josef, Die Passivlegitimation bei Klagen gegen Miteigentümer. Ein Beitrag zur Lehre von der notwendigen Streitgenossenschaft, AZivPr. **107** 168.

§ 62. 1. Josef, AZivPr. **107** 168 ff. Wird ein dingliches Recht geltend gemacht oder auf Einräumung eines dinglichen Rechtes geklagt und steht die Sache im Miteigentume, so braucht der Kläger die Klage nicht gegen sämtliche Miteigentümer zu richten; er kann sie vielmehr auch gegen einen oder einzelne von ihnen erheben und es steht in diesem Falle dem Beklagten die Einrede mangelnder Passivlegitimation (notwendiger Streitgenossenschaft) nicht zu. Der einzelne Miteigentümer kann zwar nicht über die Sache verfügen; aber seine Erklärung wird wirksam und kann zur Verfügung führen, wenn die gleichen Erklärungen der anderen Miteigentümer bereits vorliegen oder ihr nachfolgen, und mit dieser selben Wirkung kann der einzelne Miteigentümer verurteilt werden. Das gilt nicht bloß, wenn die

Klage ausdrücklich gegen einen Miteigentümer gerichtet wird, sondern auch, wenn ein Miteigentümer verklagt ist, in der irrigen Annahme, daß er Alleineigentümer sei. — Diese Grundsätze gelten nicht nur für Miteigentum nach Bruchteilen, sondern auch für Gesamthandsgemeinschaften. Insbesondere folgt aus § 2058 BGB., daß dingliche wie persönliche Ansprüche auch gegen einzelne Miterben verfolgt werden können: — Auch dem einzelnen Gesellschafter, der auf Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten verklagt wird, steht die Einrede mangelnder Sachlegitimation nicht zu. — Die §§ 736, 747 ZPO., wonach zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen und in den Nachlaß ein gegen alle Gesamthänder ergangenes Urteil erforderlich ist, erfordern nicht Gleichzeitigkeit oder Einheitlichkeit des Schuldtitels. — Sind als Käufer oder als Verkäufer mehrere beteiligt, so kann die Wandelungserklärung nur von sämtlichen Käufern gegenüber sämtlichen Verkäufern erfolgen (§§ 467, 356 BGB.). Ist dies aber geschehen, so liegt notwendige Streitgenossenschaft nicht vor; vielmehr kann jeder Käufer nach § 420 BGB. die Hälfte des Kaufpreises für sich zurückfordern oder bei bestehendem Gesellschaftsverhältnisse zum Gesellschaftsvermögen einklagen. Jeder der mehreren Verkäufer aber haftet nach § 427 BGB. gesamtschuldnerisch auf Rückzahlung des Kaufpreises. — Auch wenn sämtliche Vor- oder Wiederkaufsberechtigte dem Verpflichteten gegenüber die Ausübung ihres Rechtes erklärt haben (§§ 502, 513, 497, 505 BGB.), so kann jeder Berechtigte auf Leistung an die sämtlichen Berechtigten klagen; auch hier liegt eine notwendige Streitgenossenschaft nicht vor. — Eine solche liegt auch nicht vor, wenn ein Gemeinschafter, insbesondere ein Miterbe, auf Teilung (Auseinandersetzung) klagt; er kann vielmehr die Klage nach Belieben gegen einen oder einzelne der Gemeinschafter richten.

2. Feststellungsklage gegen Kartellmitglieder. a) **RG.** JDR. **8** Nr. 2 jetzt auch GruchotsBeitr. **54** 1122, BayRpflZ. **10** 136, DJZ. **10** 147. **b**) SächsRpflA. **10** 566 (Dresden). Zwischen den Mitgliedern eines nicht eingetragenen Vereins (Kartells) besteht hinsichtlich der gegen ein Mitglied gerichteten Klage auf Feststellung, daß der Beklagte den anderen Mitgliedern gegenüber zur Erfüllung des Kartellvertrags verpflichtet sei, eine notwendige Streitgenossenschaft. Das Rechtsverhältnis kann im Verhältnisse des Beklagten zu allen Klägern nur einheitlich entschieden werden.

3. **RG.** R. **10** Nr. 938. Zwischen mehreren Erben eines ursprünglichen Miterben besteht hinsichtlich der Aktivklage aus § 2039 BGB. keine notwendige Streitgenossenschaft.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 66. 1. Anhängiger Rechtsstreit. OLG. **20** 298, RheinZ. **2** 384, ElsLothJZ. **10** 616, R. **10** Nr. 531 (Colmar). Die Nebenintervention setzt zwar einen anhängigen Rechtsstreit voraus. Dieser braucht aber nicht unbedingt durch Klage eingeleitet zu sein, sondern kann durch ein einfaches Gesuch, z. B. um die Verleihung der Vollstreckbarkeit für ein im Ausland ergangenes Urteil, eröffnet werden.

2. Ist der Gemeinschuldner „Dritter"? Interesse? OLG. **20** 297 (KG.). Der Gemeinschuldner, der die Forderung bestritten hat, kann dem Konkursverwalter, gegen den auf Feststellung der Forderung geklagt wird, als Nebenintervenient beitreten. Der Gemeinschuldner ist Dritter, weil der Verwalter ihn nicht vertritt, sondern als Organ zu erachten ist. Auch das rechtliche Interesse des Gemeinschuldners ist gegeben, weil durch den Ausgang des Rechtsstreits die Verwirklichung seines Rechtes in einem künftigen Prozesse des Gläubigers gegen ihn selbst tatsächlich oder rechtlich erschwert oder vereitelt werden kann.

3. Rechtliches Interesse bejaht (Tatbestandswirkung). **RG.** JW. **10** 190, GruchotsBeitr. **54** 1125, R. **10** Nr. 939. Der Eigentümer der Pfandsache hat ein rechtliches Interesse daran, daß in dem Rechtsstreite zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger über das Bestehen der durch Pfand gesicherten Forderung der erstere obsiegt.

4. Rechtliches Interesse verneint. SchlHolstAnz. **10** 245 (Kiel). Kein rechtliches Interesse haben die Nebenintervenienten — Gemeindeangehörige der beklagten Gemeinde — bei einem Rechtsstreit, in welchem die Feststellung verlangt wird, daß eine bisher für die Beklagte im Grundbuch als öffentlicher Weg eingetragene Wegeparzelle Eigentum des Klägers sei. Daß die Benutzung für die Nebenintervenienten wertvoll ist, stellt für sie lediglich ein wirtschaftliches Interesse dar.

5. Abs. 2. **a)** NaumburgAK. **10** 71 (Naumburg). Da nach der Novelle gemäß § 518 Abs. 1 die Einlegung der Berufung durch Einreichung der Berufungsschrift erfolgt, ist die am letzten Tage der Frist gleichzeitig mit der Beitrittserklärung eingereichte, erst später zugestellte Berufung des Nebenintervenienten rechtzeitig. **b)** Dagegen Scherer, Klippen und Neuerungen der am 1. April in Geltung tretenden Zivilprozeßnovelle vom 1. Juni 1909, SeuffBl. **10** 242. Infolge der Novelle kann die Nebenintervention nicht mehr in Verbindung mit der Berufung und dem Einspruch erfolgen. Die Nebenintervention muß vor Einlegung der Berufung dem Gegner durch einen Schriftsatz zugestellt werden.

§ 67. OLG. **20** 299, R. **10** Nr. 2003 (Darmstadt). Der Nebenintervenient kann eine nur ihm, nicht der Hauptpartei zustehende Anfechtungseinrede nicht geltend machen.

§ 76. OLG. **20** 300 (Colmar). § 76 setzt voraus, daß sich die Klage gegen den Besitzer als solchen richtet. Dies ist nicht der Fall, wenn der Beklagte vertraglich verpflichtet ist, nach der Beendigung des Dienstverhältnisses, die zur Zeit der Klagerhebung eingetreten war, die Sachen an den Kläger herauszugeben und die Klage hierauf gestützt ist.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78. 1. BuschsZ. **40** 323 (Cassel). Die selbständige Beschwerde des Anwalts gemäß § 12 RAGebO. bedarf der Form nach §§ 78, 78 Abs. 3. Eine beim OLG. eingelegte Beschwerdeschrift muß daher von einem beim OLG. zugelassenen Anwalt unterzeichnet sein.

2. Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **10** 294 Nr. 25. Die von einem Zeugen oder Sachverständigen erhobene Beschwerde, für welche an sich gemäß § 78 Abs. 2 eine besondere Form nicht vorgesehen ist, muß, wenn sie sich gegen die Entscheidung eines OLG. richtet, der Vorschrift von § 569 Abs. 2 genügen.

§ 80. 1. Fortdauer der vom Konkursverwalter erteilten Prozeßvollmacht nach Konkursbeendigung. **a) RG.** II. **73** 312, JW. **10** 656 Nr. 17, R. **10** Nr. 2384. Die vom Konkursverwalter in bezug auf einen die Masse betreffenden Rechtsstreit erteilte Prozeßvollmacht behält ihre Wirksamkeit auch dem früheren Gemeinschuldner gegenüber für die Zeit nach Beendigung des Konkursverfahrens. Dies folgt aus der gesetzlichen Verfügungsgewalt, die dem Konkursverwalter während des Konkurses zusteht (**RG. 29** 36 f.) und stimmt damit überein, daß infolge des Erlöschens der Vertretungsmacht des Verwalters der Prozeß nicht unterbrochen wird, sondern ohne weiteres gegen den bisherigen Gemeinschuldner fortzusetzen ist (**RG. 58** 370 f.). Auch § 86 führt zu demselben Ergebnisse. Die Ausdrücke „Veränderung in betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung" sind — mindestens analog — auf den Fall der Konkursbeendigung anzuwenden, so daß die vom Konkursverwalter erteilte

Prozeßvollmacht durch letztere ihre Wirksamkeit nicht verliert. Vgl. ebenso **RG.** VI. WarnE. **1** 363. **b**) Ebenso **RG.** VI. JW. **10** 943 Nr. 21, WarnE. **3** 413, R. **10** Nr. 3967.

2. KGBl. **10** 47 (LG. I Berlin). Die Vorlegung der Prozeßvollmacht beim Vollstreckungsgericht ist nicht erforderlich, wenn auf die zu den Handakten eingereichte Vollmacht Bezug genommen wird. Ist es ein amtsgerichtlicher Titel, so ergibt sich die Vollmacht schon aus dem Rubrum. Handelt es sich um einen landgerichtlichen Titel, so muß sich der Vollstreckungsrichter die Prozeßakten beschaffen.

§ 81. 1. Über Prozeßhandlungen vgl. Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, vgl. allgem. Vorbem. S. 657/8 A IV.

2. **RG.** II. LeipzZ. **10** 627. Der Anwalt des Verkäufers ist zur Abgabe der Spezifikationserklärung befugt, da sie sich auf den Kaufvertrag bezieht, um dessen Rechtsbeständigkeit und Erfüllung sich der Streit der Parteien dreht. Ebenso ist der Anwalt des Käufers zur Entgegennahme dieser Erklärung legitimiert.

3. **RG.** WarnE. **3** 306. Die — rein tatsächliche — Frage, ob aus dem Verhalten der Prozeßbevollmächtigten ein beim Vertragsschlusse vorhandener Vertragswille der Parteien selbst über das anzuwendende Recht herzuleiten sei, hat nichts mit der Rechtsfrage zu tun, ob die Prozeßbevollmächtigten gemäß § 81 befugt waren, im Rechtsstreit eine Vereinbarung über die fragliche Rechtsanwendung zu treffen.

§ 85. Literatur: Rosenberg, Widerstreitende tatsächliche Erklärungen von Partei und Anwalt im Anwaltsprozesse, BayRpflZ. **10** 49.

Rosenberg bekämpft die Judikatur des RG. (insbes. JW. **99** 175 Nr. 3), wonach der Anwalt an die Sachdarstellung der Partei gebunden sei, wenn diese in einer früheren mündlichen Verhandlung oder vor einem ersuchten oder beauftragten Richter tatsächliche Erklärungen abgegeben, der Anwalt aber in der letzten mündlichen Verhandlung in einer von den Angaben der Partei abweichenden Weise vorgetragen habe. Die Darstellung der Partei kann jedoch nach § 286 Bedeutung und Berücksichtigung erlangen.

§ 86. 1. **RG. 73** 312 (315), JW. **10** 656 Nr. 17, R. **10** Nr. 2382. § 86 ist auch — mindestens analog — auf den Fall der Aufhebung des Konkurses anzuwenden. Vgl. § 80 Nr. 1.

2. Ebenso **RG.** VI. JW. **10** 943 Nr. 21, WarnE. **3** 413.

§ 87. RG. R. **10** Nr. 940. Die Kündigung kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen, z. B. auch stillschweigend durch Annahme und Ausübung des Schiedsrichteramts seitens des Rechtsanwalts unter gleichzeitiger völliger Abstandnahme von jeder anderen Tätigkeit für den Auftraggeber.

§ 88. 1. Frohmuth, Leitsätze zum neuen Amtsgerichtsprozesse (Nr. 8), JW. **10** 271. Reicht ein Rechtsanwalt eine Amtsgerichtsklage ohne Beifügung seiner Prozeßvollmacht ein, so hat der Gerichtsschreiber die Ladung zum Termine dem Kläger persönlich zuzustellen, es sei denn, daß der Rechtsanwalt besonders beantragt hat, ihn ohne Vollmacht einstweilen zur Prozeßführung zuzulassen, und das Gericht diesem Antrage durch Beschluß stattgegeben hat.

2. Hiergegen Levison, Die Ladung im neuen Amtsgerichtsprozesse, JW. **10** 387/8. Die Ladung muß auch nach dem neuen Verfahren an den die Klage einzureichenden Rechtsanwalt, gleichviel ob er die schriftliche Vollmacht beifügt oder nicht, erfolgen.

§ 89. FrankfRundsch. **44** 47 (Frankfurt). Dem, der ohne Vollmacht zur Prozeßführung einstweilen zugelassen ist, sie aber nicht beibringt, sind durch das Urteil, in dem wegen Nichtvertretenseins seiner Partei in der Hauptsache gegen diese erkannt wird, die gesamten Kosten, nicht nur die dem Gegner infolge der

Zulassung erwachsenen Kosten, aufzuerlegen. Dieses Urteil kann von dem Zugelassenen persönlich gemäß § 99 Abs. 3 nur mit der Beschwerde angefochten werden, sofern nicht etwa auch diese nach § 567 Abs. 2 ausgeschlossen ist.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Sehr zahlreich ist wiederum das Material zu §§ 91, 93 und 99. Die Kostenlast bei Erledigung der Hauptsache wird immer noch viel erörtert. Vorherrschend ist die Meinung, daß die Kostenlast davon abhängt, ob die Klage bis zum Eintritte des erledigenden Ereignisses begründet war (§ 91 Nr. II 2 a—c); mit der Spezialfrage der Erledigung der Hauptsache zwischen Einreichung und Zustellung der Klage beschäftigt sich die bemerkenswerte Abhandlung von Warneyer (§ 91 Nr. II 3 a). — Immer neue Kombinationsfälle und Entscheidungen tauchen zu § 99 auf (§ 99 Nr. III); diese Bestimmung bedarf dringend der Reform, Einigkeit wird sich ohne sie nicht erzielen lassen. — Daß die Kosten des Rechtsmittels, an welchem sich die Hauptpartei nicht beteiligt hat, dem Nebenintervenienten aufzuerlegen sind, ist jetzt ständige Praxis des **RG.** (§ 101 Nr. 2).

Literatur: Engel, Gehört die Erklärung, daß die Hauptsache erledigt sei, in die Urteilsformel?, PosMSchr. **10** 149. — Warneyer, Regelung des Kostenpunktes, wenn sich die Hauptsache zwischen Einreichung und Zustellung der Klage erledigt, SeuffBl. **10** 766.

§ 91. I. Kostenpflicht der unter Vorbehalt der beschränkten Haftung verurteilten Erben. OLG. **20** 301 i (KG.). Die bis zum Tode des Erblassers entstandenen Kosten treffen den Erblasser als unterliegenden Teil und demgemäß seine Erben als Nachlaßverbindlichkeit. Doch ist den Erben die beschränkte Haftung vorzubehalten. Die durch Aufnahme des Rechtsstreits gegen die Erben erwachsenen Kosten, welche keine Nachlaßverbindlichkeit sind, treffen die Erben persönlich, da der Kläger den Rechtsstreit mit Recht aufgenommen und mit Recht das Versäumnisurteil erwirkt hat, das auch sachlich gerechtfertigt war, weil die früher vom Erblasser bestrittene Klageforderung bestand.

II. Erledigung der Hauptsache. 1. Wann gehört die Erledigungserklärung in die Urteilsformel? Engel, PosMSchr. **10** 149. Die Erklärung, daß die Hauptsache erledigt sei, gehört nur in dem einzigen Falle, daß der Kläger die Erledigung dem Gericht anzeigt, der Beklagte aber widerspricht und Abweisung beantragt, in die Urteilsformel. Der Antrag des Klägers ist ein zulässiger Feststellungsantrag. In allen anderen Fällen ist der Erledigungsausspruch im Urteil unzulässig. Hält der Kläger im Gegensatze zu der zutreffenden Erledigungserklärung des Beklagten seinen Klagantrag aufrecht, so muß die Klage abgewiesen werden. Sind die Parteien über die Erledigung einig, so erübrigt sich jede Entscheidung in der Hauptsache und jeder Anspruch darüber.

2. Die Kostenlast hängt davon ab, ob die Klage bis zum Eintritte des erledigenden Ereignisses begründet war. **a)** OLG. **20** 300 (Frankfurt). Da die für das Prozeßgericht bindende Entscheidung des Vormundschaftgerichts die Sorge für die Person des Kindes, dessen Herausgabe der Kläger ursprünglich verlangt hatte, der Beklagten übertragen hat und hierdurch der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, so hängt die Kostenlast davon ab, ob die Klage bis zum Eintritte des erledigenden Ereignisses begründet war. Da dies gemäß § 1635 BGB. zu bejahen ist, der Kläger auch sofort die Sache für erledigt erklärt hat, so ist § 93 entsprechend anwendbar. **b)** Ebenso BayRpflZ. **10** 163, R. **10** Nr. 1401 (München). Da die Klägerin bis zu dem Zeitpunkte, mit welchem nach Erklärung beider Parteien der Rechtsstreit sich in der Hauptsache durch den

Geschäftsverkauf seitens der Klägerin erledigt, mit Grund prozessiert hat und der Klage daher hätte stattgegeben werden müssen, so sind die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen. **c**) Ebenso OLG. **20** 301 β (KG.). Nachdem der Beklagte während des Prozesses das Darlehnsversprechen gemäß § 610 BGB. widerrufen hat, ist die auf Zahlung des versprochenen Darlehens gerichtete Klage in der Hauptsache erledigt. Als unterliegend hat diejenige Partei zu gelten, die unterlegen wäre, wenn das erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Dies ist der Beklagte, da er die Hingabe des Darlehens versprochen hat. **d**) Anders dagegen OLG. **20** 301 (Breslau). Bei Erledigung der Hauptsache durch einen Zufall, z. B. wenn die Legitimation des anfechtenden Konkursverwalters durch Beendigung des Konkurses wegfällt, treffen die Kosten denjenigen, der infolge des Zufalls seinen Anspruch nicht mehr durchführen kann. „Unterliegende" Partei ist nicht diejenige, welche nach Lage des Rechtsstreits im Zeitpunkte der Erledigung unrecht hat, sondern diejenige, welche den Mißerfolg hat.

3. Erledigung der Hauptsache zwischen Einreichung und Zustellung der Klage. **a**) Warneyer, SeuffBl. **10** 766 ff. Wird der Kläger nach Einreichung der Klage bei Gericht, aber vor ihrer Zustellung befriedigt, so darf er die Klage noch zustellen lassen und den Kostenanspruch in dem in der Hauptsache erledigten Prozesse weiter verfolgen. Denn bereits die Einreichung der Klage ist Prozeß, wie jetzt nach den Novellen von 1905 und 1909 an die Einreichung eines Schriftsatzes die weittragendsten Folgen geknüpft werden (Einspruch, Rechtsmittel). So schon LG. Leipzig, JDR. **6** § 91 Nr. III 2 b, von Warneyer ausführlich mitgeteilt. LG. Leipzig weist auch darauf hin, daß in dem neuen Schadensersatzanspruch — auf welchen die herrschende Meinung den Kläger verweist — dem Beklagten die exc. rei judicatae zur Seite stände. **b**) R. **10** Nr. 1610 (Stuttgart). Das OLG. tritt unter Aufgabe der dem Beschlusse v. 5. Oktober 1908, WürttRpflZ. **09** 28, zugrunde liegenden Ansicht der Meinung bei, daß bei Erledigung der Hauptsache nach Einreichung, aber vor Zustellung der Klage nicht die Klagepartei die Kosten ohne weiteres zu tragen habe, sondern daß vielmehr über die Pflicht zur Tragung der bis dahin erwachsenden Kosten in demselben Rechtsstreite nach Maßgabe der §§ 91 f. zu entscheiden sei. **c**) NaumburgAK. **10** 35 (LG. Halle). Der Anspruch des Intervenierenden auf Erstattung der Kosten für die Annahme eines Anwalts ist, wenn sich die Klage vor Zustellung erledigt, als Schadensersatzanspruch nur gemäß §§ 823 und 284 ff. BGB. begründet. Wegen schuldhafter rechtswidriger Verletzung des Eigentums haftet der Pfandgläubiger aber nur, wenn er sich den Besitz durch eine strafbare Handlung oder durch verbotene Eigenmacht (§ 992) verschafft hat. Hinsichtlich letzterer liegt eine Fahrlässigkeit nicht vor, wenn der Gläubiger erst binnen einer angemessenen Frist nach Glaubhaftmachung des Eigentums freigegeben hat. — Anders früher NaumburgAK. **09** 88 (LG. Halle).

4. R. **10** Nr. 1770 (Stuttgart). Erledigt sich der Streit zur Hauptsache dadurch, daß der auf Zahlung belangte Beklagte beim Auftreten weiterer Forderungsprätendenten die Streitsumme nach §§ 372 Satz 2, 378 BGB. sobald als tunlich hinterlegt, so trifft nicht ihn, sondern den Kläger die Kostenlast. Die Hinterlegung war das gesetzlich zulässige Mittel, die Verurteilung abzuwenden. Von einem eigentlichen Unterliegen des Beklagten kann so wenig wie von einem wirklichen Obsiege des Zahlung verlangenden Klägers die Rede sein, vielmehr war letzterer durch die Hinterlegung erst in die Lage gesetzt, sein Recht an der Hinterlegungssumme den anderen Forderungsprätendenten gegenüber zu erstreiten, und es hätte der Beklagte, wenn es zu deren Beitritt zufolge Streitverkündung gekommen

wäre, kostenlos aus dem Prozeß entlassen werden müssen. Der vorliegende Tatbestand ist dem sofortigen Anerkenntnis im Sinne des § 93 ZPO. gleichzustellen.

5. WürttJ. **23** 13 Nr. 5, R. **10** Nr. 1611 (Stuttgart). Wird bei Erledigung der Hauptsache die Klage zurückgenommen, und vom Beklagten der Abweisungsantrag aufrechterhalten, so ist, wenn die Klage begründet war und die Erledigung durch Erfüllung des Klaganspruchs bewirkt wurde, zur Hauptsache nicht Klagabweisung, sondern Erledigungserklärung auszusprechen und die Kostenlast dem Beklagten aufzuerlegen. Dem Abweisungsantrage kann nicht stattgegeben werden, weil damit ein Unterliegen des Klägers zur Hauptsache ausgesprochen würde, während dieser in Wirklichkeit mit seiner begründeten Klage durchgedrungen ist.

6. HansGZ. Beibl. **10** 43 (Hamburg). Keine Erledigung der Hauptsache, wenn die „Erledigung" auf einem Entschlusse des Klägers selbst beruht, der z. B. den Streitgegenstand veräußert. Der Streitgegenstand muß ohne sein Zutun (durch Untergang, Zeitablauf, Zahlung usw.) fortgefallen sein.

III. NaumburgAK. **10** 57 (LG. Frankfurt a. O.). Der Anspruch auf Erstattung der Kosten eines infolge Anfechtung wegen Irrtums seitens des Beklagten verlorenen Prozesses gemäß § 122 BGB. (vgl. R. **07** Nr. 3443 [Hamburg] kann nur in demselben Prozesse, nicht im Wege eines neuen Prozesses geltend gemacht werden. Denn in dem Vorprozeß ist rechtskräftig auch über die Kosten entschieden.

IV. Umfang des Anspruchs. 1. Welchen Anwalt muß die Partei wählen? (Amtsgerichts- oder Landgerichtsanwalt 2c.). **a)** ThürBl. **57** 250 (Jena). Die Partei braucht nicht der Kostenersparnis halber einen am Sitze des Amtsgerichts wohnenden Amtsgerichtsanwalt, der am Landgerichte zugelassen ist, anzunehmen; sie kann einen der am Sitze des Landgerichts wohnhaften Anwälte auswählen. **b)** SeuffA. **65** 83 (Augsburg). Die Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts wurden gestrichen, weil die Partei einen der beiden am Sitze des AG. wohnhaften und zugelassenen Anwälte aus nicht stichhaltigen Gründen nicht beauftragt hat. **c)** HessRspr. **10** 174 (LG. Mainz). Erstattungsfähig sind die Kosten für die Zuziehung eines am nächsten Amtsgerichtsorte wohnhaften Rechtsanwalts. Es kann keiner Partei zugemutet werden, sich durch den am Sitze des Prozeßgerichts ansässigen Rechtskonsulenten vertreten zu lassen, da ein solcher keine genügende Gewähr für die zur Durchführung eines Prozesses erforderliche wissenschaftliche und prozessual-technische Schulung bietet. Durch § 157 sollte auch nicht im entferntesten die Gleichwertigkeit eines Rechtskonsulenten mit einem Rechtsanwalt auch nur für die Durchführung eines Amtsgerichtsprozesses ausgesprochen werden.

2. Kosten mehrerer Anwälte. **a)** SeuffA. **65** 421 (Bamberg). Bei gleichzeitiger Vertretung durch mehrere Anwälte sind an sich nur die Kosten eines Anwalts zu erstatten. Es ist jedoch gemäß § 91 Abs. 1 zu prüfen, ob die einzelnen Vertretungshandlungen des zweiten Anwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen, auch wenn die Partei nur durch einen Anwalt vertreten gewesen wäre, oder mit anderen Worten inwieweit durch die Vertretung durch mehrere Anwälte im Vergleiche zur Vertretung durch nur einen Anwalt Mehrkosten erwachsen sind, zu deren Erstattung der Gegner nach der positiven Vorschrift im § 91 Abs. 2 Satz 2 nicht verpflichtet ist. **b)** SeuffA. **65** 81 (Jena). Wenn die obsiegende Partei durch einen Rechtsanwalt am Sitze des LG. und einen Simultananwalt an ihrem Wohnsitze vertreten war, so hat die unterliegende Partei ihr diejenigen Kosten zu ersetzen, welche sie für einen einzigen am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften Rechtsanwalt aufzuwenden hatte. **c)** OLG. **21** 70 h α, SeuffA. **65** 163 (Hamburg). Erstattungsfähig sind die Kosten eines zugezogenen Patentanwalts, da es sich um die Beurteilung von Gebrauchsmustern und

dabei in Betracht kommende technische Einzelheiten handelt, deren Kenntnis weder von der Partei noch von einem Rechtsanwalt erwartet werden kann. Nicht erstattungsfähig dagegen sind die Kosten, wenn zur Führung und Entscheidung des Rechtsstreits nicht technische, sondern lediglich Rechtskenntnisse erforderlich sind.

3. Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine. **a)** OLG. **20** 302 (Braunschweig). Ein unbedingtes Recht, auswärtige Beweistermine durch den Prozeßbevollmächtigten wahrnehmen zu lassen, steht den Parteien nicht zu. Die Frage, ob die dadurch entstehenden Tagegelder und Reisekosten auch dann vom Gegner zu erstatten sind, wenn sie die Kosten eines am Orte der Beweisaufnahme zugezogenen Anwalts übersteigen, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Kann oder will aber der Prozeßbevollmächtigte, obwohl es nach den Umständen des Falles gerechtfertigt erschiene, einen auswärtigen Beweistermin nicht selbst wahrnehmen, so hat die Partei nicht ohne weiteres das Recht, einen an einem beliebigen dritten Orte wohnhaften Anwalt zuzuziehen, sofern nur dessen Kosten diejenigen, welche dem Prozeßbevollmächtigten in gleichem Falle erwachsen würden, nicht übersteigen. **b)** SeuffA. **66** 81 (Bamberg) bejaht die Erstattungsfähigkeit unverhältnismäßig hoher Reisekosten des Prozeßanwalts zu einem auswärtigen Beweistermin, in welchem der Zeuge, der geschiedene Ehemann der Beklagten, über seine frühere uneidliche Aussage nachträglich vereidigt werden sollte. **c)** SächsOLG. **31** 211, R. **10** Nr. 3778 (Dresden). Die Kosten ausländischer Anwälte für im Auslande wahrgenommene Beweistermine sind zu erstatten, ohne Prüfung, ob sie der ausländischen Gebührenordnung entsprechen.

4. Wechsel in der Person des Anwalts. **a)** OLG. **21** 71 (Rostock). Der Wechsel in der Person der Anwälte war notwendig, da der Kläger zunächst in zweckentsprechender Weise mit dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung einen an seinem Wohnorte befindlichen Anwalt beauftragt hat und sodann nach Anordnung der mündlichen Verhandlung — die nach Lage der Sache nicht vorauszusehen war — einen am Orte des Prozeßgerichts befindlichen Anwalt beauftragen mußte. **b)** Ebenso OLG. **21** 72 (Colmar) betreffend den Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls und das spätere Widerspruchsverfahren. **c)** SächsOLG. **31** 211, R. **10** Nr. 3778 (Dresden). Der Wechsel infolge der durch unterlassene Information veranlaßten Kündigung des ersten Anwalts und der Erkrankung des an seiner Stelle beauftragten zweiten Anwalts war nicht notwendig. **d)** R. **10** Nr. 2006 (Stuttgart). Ein notwendiger Wechsel in der Person des Anwalts liegt nicht vor, wenn die Partei ihrem Anwalte das Mandat aus dem Grunde kündigt, weil er die Sache nicht persönlich in der mündlichen Verhandlung vertreten habe und ferner zu vertreten bereit sei. Nach § 81 ist der Anwalt berechtigt, sich einen anderen Anwalt zu substituieren, es sei denn, daß die Partei sich schon bei der Übertragung des Mandats ausdrücklich ausbedungen hatte, daß der beauftragte Anwalt die Sache persönlich zu vertreten habe.

5. Teilklagen. R. **10** Nr. 2852 (Jena). Wenn nicht ausnahmsweise erhebliche Gründe vorliegen, ist die Geltendmachung einer Forderung in Teilklagen, um die Sache an das Amtsgericht zu bringen, eine Unsitte, die den Beklagten nicht verpflichtet, die dadurch entstandenen Mehrkosten zu tragen.

6. Kosten vorbereitender Maßnahmen und von Mitteln zur Glaubhaftmachung. **a)** R. **10** Nr. 1120 (Cassel). Die durch die Besichtigung von Sachverständigen vor Klagerhebung entstandenen Kosten sind als Prozeßkosten anzusehen, wenn das Ergebnis der Besichtigungen im Prozesse verwertet worden ist. **b)** SeuffA. **65** 162 (Rostock). Erstattungsfähig sind

die Kosten der notariellen Unterschriftsbeglaubigung einer eidesstattlichen Versicherung; denn dem Gerichte mußte auch glaubhaft gemacht werden, daß die eidesstattliche Versicherung von dem Kläger herrührt. Dagegen war es nicht notwendig, die Versicherung von einem Notar beurkunden zu lassen. c) SächsRpflA. **10** 268 (LG. Dresden). Nicht erstattungsfähig sind die Kosten einer notariellen Beurkundung zwecks Glaubhaftmachung im Interventionsverfahren. d) OLG. **21** 70, ElsLothJZ. **10** 345 (Colmar). Nicht erstattungsfähig sind die Kosten für die Anschaffung der für den Prozeß erforderlichen Spezialliteratur, da die Bücher in öffentlichen Bibliotheken vorhanden waren und unentgeltlich aus ihnen hätten entliehen werden können. Erstattungsfähig sind nur die Portokosten für Übersendung jener Bücher an die Parteivertreter.

7. Einzelfälle. a) Kosten eines versehentlich als Beklagten Geladenen. Unnötiger Widerspruch. OLG. **21** 69 (Hamburg). Nachdem der Kläger dem Beklagten mitgeteilt hatte, daß die Klage nicht gegen ihn persönlich, sondern gegen die von ihm vertretene Gesellschaft erhoben sei und jedenfalls nicht gegen ihn aufrechterhalten werde, war jeder Grund zu weiterem Widerspruche für ihn fortgefallen, und die durch seinen Widerspruch gegen die Änderung des Rubrums und den Antrag auf Versäumnisurteil entstandenen Kosten muß daher der Beklagte selbst tragen. b) Notwendige Informationsreise. ElsLothJZ. **10** 345 (Colmar). Erstattungsfähig sind die Kosten einer von dem Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz zu seiner Informierung zum Prozeßbevollmächtigten erster Instanz unternommenen Reise. Die Reise war notwendig, da nur auf diese Weise am billigsten Information auf den 3 Tage vor dem Termine zugestellten Schriftsatz erteilt werden konnte und eine schriftliche Anfrage bei dem in Brüssel wohnhaften Mandanten nicht mehr ausgereicht hätte. c) OLG. **20** 310 (Hamburg). Erstattungsfähig sind Auslagen, die notwendig waren, um die Ausführung des Beweisbeschlusses, welcher die Besichtigung der Schute des Klägers anordnete, zu ermöglichen. d) Verspätete Erklärung. BayObLG. **11** 45 (München). Die Anwaltsgebühren für eine Erklärung, die bei dem Gerichte verspätet, nach Ablauf der vom Gerichte dem Anwalte bestimmten Frist und nach der Erlassung der Entscheidung eingereicht worden ist, sind nicht zu erstatten. e) SeuffA. **65** 207, BuschsZ. **40** 517 (Cassel). Die Inkassogebühr des § 87 RAGebO. gehört an sich zwar zu den Kosten des Rechtsstreits, ist aber nicht erstattungsfähig, da die Erteilung der Inkassovollmacht an den Anwalt zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung nicht erforderlich war. f) SächsOLG. **31** 211, R. **10** Nr. 3778 (Dresden). Zinsen der einzelnen an die Rechtsanwälte bezahlten Kostenbeträge sind nicht erstattungsfähig.

§ 92. 1. *Goldberger, Betrachtungen über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, SeuffBl. **10** 165 (vgl. BGB. § 320 Nr. 1 e). a) Wenn auf Grund der von dem Beklagten vorgeschützten sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrags Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug erfolgt ist, während der Kläger unbedingte Verurteilung beantragt hatte, so hat nicht Kostenteilung nach § 92 ZPO. zu erfolgen, vielmehr treffen die Prozeßkosten den Kläger; denn § 92 aaO. gilt nur dann, wenn die beiden Parteien teils günstige, teils ungünstige Entscheidung eine solche in quantitativer Hinsicht ist. In dem betrachteten Falle werden aber von den Parteien die widerstreitenden Rechtsbehauptungen unbedingter oder nur bedingter Leistungspflicht aufgestellt. Wird die Einrede als begründet anerkannt, so ist damit entschieden, daß die Rechtsbehauptung des Klägers ungerechtfertigt war und dieser ist infolgedessen im Prozesse vollkommen unterlegen. b) Wenn der Kläger nach Erhebung der Einrede von seiten des Beklagten den ursprünglich auf unbedingte Verurteilung gerichteten Klagantrag in einen solchen auf Leistung Zug um Zug abändert, so liegt hierin

eine nach § 268 Ziff. 2 ZPO. zulässige Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache. Im Amtsgerichtsprozeß ist es nach dem früheren § 503 ZPO. (jetzt § 502 Abs. 1) Pflicht des Gerichts, den Kläger zu einer solchen Antragsänderung zu veranlassen, um ihm die Prozeßkosten zu ersparen.

2. Abs. 2. OLG. **20** 303 (KG.). § 92 Abs. 2 kann nur zugunsten des Klägers (Widerklägers), nicht zugunsten des Beklagten Anwendung finden. Es können also nicht dem Kläger, der mit 1200 M. abgewiesen wurde und nur mit 70 M. obsiegte, die Kosten ganz auferlegt werden. Es widerspricht dem allgemeinen und dem juristischen Sprachgebrauche, das Verlangen gänzlicher Abweisung als Zuvielforderung zu bezeichnen. Ebensowenig ist eine entsprechende Anwendung des § 92 Abs. 2 auf einen solchen Fall zulässig, denn beide Fälle liegen sachlich völlig verschieden.

§ 93. I. Klageveranlassung. Allgemeines. Bedeutung des § 93. 1. KGBl. **10** 99 (KG.). Der Beklagte, der den Anspruch in der Hauptsache anerkannt hat, kann bei Erörterung der Kostenpflicht nicht mit der Ausführung gehört werden, daß die Schuld erloschen sei.

2. BadRpr. **10** 96 (AG. Waldshut). Der Beklagte, der gegen den Kläger ein Versäumnisurteil auf Klagabweisung, also zur Hauptsache, genommen hat, kann sich im Einspruchsverfahren hinsichtlich der Kosten nicht auf sein im ersten Termin erklärtes Anerkenntnis gemäß § 93 berufen. Ein Antrag auf Klagabweisung und Erwirkung eines Versäumnisurteils zur Sache, das den Kläger bei Vermeidung völligen Rechtsverlustes zu fristgerechtem Einspruche zwingt, kann unmöglich als solches Verhalten des Beklagten angesehen werden, daß der Kläger vernünftigerweise auf außergerichtliche Schließung des Streites rechnen durfte, wie § 93 voraussetzt.

II. Klageveranlassung im einzelnen. 1. Bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Goldberger, SeuffBl. **10** 165 ff. Ziff. IV, bespricht die Kostenfrage, wenn der Beklagte, welcher sich lediglich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags stützt, also zur Leistung Zug um Zug bereit ist und den Klaganspruch demnach vollkommen anerkennt. Hat der Kläger vorher weder gemahnt noch die Gegenleistung angeboten, so hat der Beklagte keinen Anlaß gegeben, im umgekehrten Falle hat er die Kosten zu tragen. Ist er ohne gleichzeitiges Angebot der Gegenleistung gemahnt worden, so hat er bei unmotivierter Ablehnung seiner Leistung zur Klage Anlaß gegeben, bei einer mit dem mangelnden Angebote der Gegenleistung motivierten hingegen nicht (Analogie von §§ 111 Satz 2 174 Satz 1 BGB.).

2. OLG. **20** 312 (Königsberg). Mit der im § 259 bezeichneten Besorgnis des Klägers ist auch eine Veranlassung zur Klage im Sinne des § 93 gegeben. Der Beklagte kann also nicht seine Kostenpflicht durch Anerkennung des Klaganspruchs abwenden.

3. a) SeuffA. **65** 171, OLG. **21** 182, BuschsZ. **40** 514 (Cassel). Der Nachlaßverwalter kann sich auf § 93 nicht berufen, da er auf die Aufforderung des Gläubigers hin diesen durch Ausstellung einer mit den Beschränkungen der §§ 305, 782 ZPO. versehenen vollstreckbaren Urkunde klaglos hätte stellen können. Hierzu war er schon während der Frist des § 2014 BGB. verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob er in bezug auf die Zahlung der Nachlaßschuld bereits in Verzug geraten war oder nicht. b) KGBl. **10** 99 (KG.). Der Beklagte hat zur Erhebung der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen ihn als Erben für das gegen den Nachlaßpfleger ergangene Urteil Veranlassung gegeben. Es war nicht genügend, daß er den Anspruch sofort anerkannt hat. Er hätte auch dafür sorgen müssen, daß dem Gläubiger der ihm zustehende Titel verschafft und die Klausel umgeschrieben wurde.

4. OLG. **21** 72 (Hamburg). Der Beklagte hat keinen Anlaß zur Klage gegeben, wenn die Klägerin (eine Bank) ihm vorher einen unrichtigen

Kontoauszug zugesandt und trotzdem er alsbald auf die fehlerhafte Berechnung der Zinsen aufmerksam gemacht hat, anstatt irgendeiner Antwort eine Klage zugestellt erhalten hat, welche unter Zugrundelegung des unrichtigen Rechnungsauszugs einen zu hohen Zinsenbetrag beanspruchte. Der Umstand, daß Beklagter in der Klagebeantwortung Klagabweisung beantragt hat, ist ohne Bedeutung.

5. Hypothekenklage. a) OLG. Dresden, JDR. 8 Nr. I 2 a α jetzt auch SeuffA. **65** 164. **b)** WürttJ. **22** 269 (Stuttgart). Da die Hypothek für den Grundstückseigentümer lediglich eine Duldungspflicht, also eine Verpflichtung zu rein passivem Verhalten begründet, so kann keine Rede davon sein, daß er lediglich durch passives Verhalten, insbesondere durch Nichtleistung einer Zahlung, zu der er gar nicht verpflichtet ist, oder durch Nichtausstellung einer vollstreckbaren Urkunde, zu deren Ausstellung für ihn ebensowenig eine Verpflichtung besteht, dem Hypothekengläubiger Anlaß zur Erhebung der — dinglichen — Klage gegeben habe.

6. Interventionsklage (s. JDR. **1** Nr. 2, **3** Nr. V, **4** Nr. II **h**, **5** Nr. I 2 **d**, **6** Nr. I 2 **d**, **7** Nr. I 2 **g**, **8** Nr. I 2 **e**). **a)** OLG. **20** 306 (Hamburg). Keine Kostenpflicht des Vermieters, der die beim Mieter befindlichen Sachen Dritter zurückhält, da der Eigentümer dem Vermieter vor Klagerhebung nur eine Rechtsbelehrung durch einen Anwalt erteilt, aber sein Eigentum nicht glaubhaft gemacht, insbesondere den entscheidenden notariellen Vertrag nicht mitgeteilt hat. **b)** KGBl. **10** 72 (KG.). Kostenlast des Intervenienten wegen ungenügender Glaubhaftmachung. Auch nach Beibringung der Unterlagen für die Glaubhaftmachung muß dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Nachprüfung verbleiben. **c)** BadRpr. **10** 69 (Karlsruhe). Der beklagte Pfandgläubiger hat Anlaß zur Klage gegeben, da er sich, auch nachdem ihm der Einstellungsbeschluß zugestellt war, völlig passiv verhalten hat. Da der Beschluß damit begründet war, daß durch die vorgelegten Urkunden das Eigentum glaubhaft gemacht sei, hätte der Beklagte alsbald diese Urkunden einsehen müssen.

III. Sofortiges Anerkenntnis. 1. Im Laufe des Prozesses. **a)** BayRpflZ. **10** 141. § 93 findet Anwendung, wenn der Kläger erst im Laufe des Rechtsstreits die erforderliche Substantiierung nachholt und der Beklagte ihn binnen genügender Zwischenzeit klaglos stellt. Der Beklagte muß in diesem Falle ebenso kostenlos bleiben, wie bei vorzeitiger Einklagung einer nichtfälligen Forderung oder bei Klagänderung. **b)** KGBl. **10** 72 (LG. I Berlin). Ein „sofortiges Anerkenntnis" liegt nicht nur vor, wenn es in der ersten mündlichen Verhandlung abgegeben wird, sondern auch dann, wenn der beklagte Pfändungsgläubiger den mit der Klage nicht glaubhaft gemachten Interventionsanspruch erst anerkennt, nachdem der Kläger seinen Beweis erbracht hat.

2. Erfüllung in Anerkennung des Anspruchs. BraunschwZ. **10** 118 (Braunschweig). Wenn der Beklagte nach Klagerhebung das Klagebegehren in Anerkennung des Klaganspruchs erfüllt, so gilt er als unterlegen, selbst wenn der Anspruch an sich unbegründet gewesen sein würde. In solchem Falle ist § 93 analog anzuwenden.

3. Zahlung nicht erforderlich. OLG. **20** 305 (Breslau). Der Beklagte, der sofort anerkennt, kann nicht deshalb zu den Kosten verurteilt werden, weil er nicht sofort zahlte, es vielmehr zur Zwangsvollstreckung kommen ließ. Denn es kommt nur auf das Verhalten bis zur Klagerhebung an.

§ 96. R. **10** Nr. 3969. Verwirft das Revisionsgericht unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen die Einrede der Unzulässigkeit des

Rechtswegs, so kann es die durch diese Einreden entstandenen Prozeßkosten vorweg dem Beklagten auflegen.

§ 97. Abs. 2. Literatur: Kreß, Findet § 97 Abs. 2 auch auf die Beschwerdeinstanz Anwendung? JW. **10** 794.

Kreß. § 97 Abs. 2 findet auf die Beschwerdeinstanz keine Anwendung, da Berufung und Beschwerde zwei grundverschiedene Verfahrensarten sind. Nur dem erkennenden, nicht dem beschließenden Richter muß der Streitstoff vollständig unterbreitet werden.

§ 98. 1. SeuffA. **65** 418 (Celle). Die Bestimmung des § 98 bezieht sich ausschließlich auf das Verhältnis der Parteien untereinander. Daher wird durch Parteivereinbarung die durch Urteil oder gerichtliche Erklärung begründete Kostentragungspflicht der Staatskasse gegenüber nicht geändert oder aufgehoben.

2. OLG. **20** 307 (Naumburg). Die Bestimmung bezieht sich nur auf die Kostenpflicht derjenigen Personen, die ihren Prozeß durch Vergleich erledigen, trifft aber keineswegs zu auf den Fall, daß ein Dritter freiwillig einen bestimmten Teil der eingeklagten Schuld eines anderen bezahlt.

3. Kosten des Nebenintervenienten, wenn die Hauptparteien sich vergleichen. **a)** HansGZ. **10** Beibl. 140 I (Hamburg). Wenn nach dem zwischen den Hauptparteien geschlossenen Vergleiche die Gerichtskosten geteilt, die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufgehoben werden sollen, so hat der Kläger auch die halben Kosten des dem Beklagten beigetretenen Nebenintervenienten zu tragen und zwar sowohl die Hälfte der gerichtlichen, wie der außergerichtlichen Kosten, während die andere Hälfte vom Nebenintervenienten selbst zu tragen ist. **b)** Ebenso HansGZ. **10** Beibl. 142 II (Hamburg).

4. Auslegung des Wortes Gerichtskosten. **a)** R. **10** Nr. 4116 (Hamburg). Hat eine Partei in einem Vergleiche die Gerichtskosten übernommen, während die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufgehoben sind, so hat diese Partei auch die der Gegenpartei erwachsenen, vom Gericht eingezogenen Auslagen für Ausfertigungen und Abschriften zu erstatten, da nach dem herrschenden Sprachgebrauch unter Gerichtskosten nicht nur die Gebühren, sondern auch die Auslagen der Gerichte verstanden werden. **b)** Entgegengesetzt R. **10** Nr. 4116 (Hamburg). Bei einem solchen Vergleiche sind unter Gerichtskosten nur diejenigen Kosten zu verstehen, welche im Verhältnisse der Parteien zueinander als Gerichtskosten anzusehen und als solche unter ihnen streitig geworden sind, dazu gehören aber Schreibgebühren nicht.

§ 99. I. Abs. 1. 1. Erledigung der Hauptsache. **a)** **RG.** JW. **10** 151, FrankfRundsch. **44** 1, WarnE. **3** 92. Berufung ist zulässig, wenn die von der einen Partei erklärte Erledigung der Hauptsache von der anderen Seite bestritten wird und das Urteil, abgesehen von dem Ausspruch über die Kosten, zur Entscheidung des die Hauptsache betreffenden Streites die Klage abweist. **b)** Bay. RpflZ. **10** 21 (München). Da durch das angefochtene Urteil nach Erledigung der Hauptsache zur Klage über die Kosten entschieden und der Widerklage stattgegeben ist, ist die Beschwerde des Beklagten bloß über den Kostenpunkt gemäß § 99 Abs. 1 unzulässig.

2. WürttJ. **22** 309 (Stuttgart). Die Berufung des Beklagten gegen das ihn zur Zahlung verurteilende Urteil ist zwar zulässig, obwohl zur Zeit der Einlegung der Berufung nach der eigenen Darstellung des Beklagten die Fälligkeit des klägerischen Anspruchs eingetreten war. Denn der Beklagte hatte das Recht, eine Feststellung dahin zu verlangen, daß der Anspruch des Klägers zur Zeit der Erlassung des erstinstanzlichen Urteils noch nicht fällig gewesen sei und daß daher die Klage

als verfrüht hätte abgewiesen werden müssen. Insofern lag also auch eine Anfechtung des Urteils in der Hauptsache vor. Es ist auch weder Verzicht auf die Berufung ,noch Zurücknahme des Rechtsmittels in der Hauptsache anzunehmen, da die Zahlung wegen der inzwischen eingetretenen Fälligkeit der Hauptsumme erfolgt ist.

3. OLG. **20** 307, HansGZ. **10** Beibl. 227, R. **10** Nr. 1773 (Hamburg). § 99 Abs. 1 ist auch dann anwendbar, wenn die Berufung zwar in der Hauptsache eingelegt, aber in der mündlichen Verhandlung von Anfang an nicht aufrechterhalten, sondern nur auf die Kosten beschränkt wird, es sei denn, daß die Hauptsache und damit die gegen sie gerichtete Berufung durch Dinge, die sich nach Einlegung des Rechtsmittels ereigneten, ihre Erledigung gefunden hätte.

II. Abs. 3. 1. Unzulässige Beschwerde, da zur Hauptsache entschieden ist. **a)** BayRpflZ. **10** 21 (München). Ist in einem und demselben Urteile nach Erledigung der Hauptsache zur Klage über die Kosten entschieden und der Widerklage stattgegeben, so findet § 99 Abs. 3 keine Anwendung. **b)** OLG. **20** 308 (Marienwerder). Wenn der Beklagte, zur Zahlung durch Versäumnisurteil verurteilt, nur wegen der Kosten Einspruch eingelegt hat, so ist gegen das hierauf erlassene bedingte Endurteil die sofortige Beschwerde unzulässig. Denn die Entscheidung in der Hauptsache ist durch das Versäumnisurteil — welches rechtskräftig geworden ist — getroffen worden. **c)** ElsLothJZ. **10** 196 (Colmar). Es fehlt an der Voraussetzung des § 99 Abs. 3, wenn — zwar im Widerspruche mit den Gründen — nach dem Tenore des Urteils feststeht, daß derselbe nicht ausschließlich den Kostenpunkt zum Gegenstande hat, die Hauptsache also nicht ohne Entscheidung erledigt ist. **d)** FrankfRundsch. **44** 149 (Frankfurt). Ist über einen Teil der Hauptsache eine Entscheidung durch Teilurteil ergangen, so ist das spätere entsprechend den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien, den Rest der Hauptsache für erledigt erklärende und im übrigen nur noch über die Kosten entscheidende Schlußurteil — obwohl es selbst keine Entscheidung zur Hauptsache darstellt — nicht gemäß § 99 Abs. 3 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Durch die Einlegung der Berufung gegen das Teilurteil wahrt sich der Berufungskläger auch das Recht der Berufung gegen die im Schlußurteil ausgesprochene Entscheidung über denjenigen Kostenteil, der zu der im Teilurteil entschiedenen Hauptsache gehört. **e)** OLG. **21** 75, R. **10** Nr. 2216 (Cassel). Gegen ein Urteil, das nur über die Kosten entscheidet, während es prozeßordnungsmäßig auch über die Hauptsache hätte entscheiden müssen, ist die Beschwerde gegeben (gegen OLG. **5** 466 [KG.]).

2. Keine Entscheidung zur Hauptsache im Falle von § 628. **RG.** LeipzZ. **10** 850. Als Entscheidung in der Hauptsache kann weder die dem § 628 entsprechende Feststellung gelten, daß, da der Kläger vor Eintritt der Rechtskraft des bedingten Urteils verstorben ist, der Rechtsstreit als erledigt anzusehen sei, noch auch hat der weitere Ausspruch, daß dieses bedingte Urteil aufgehoben werde, eine solche Bedeutung; denn die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache brachte es bereits unmittelbar mit sich, daß das bedingte Urteil seine Wirkung verlor. Eine Entscheidung in der Hauptsache würde in dem Falle vorliegen, wenn ein Widerspruch mit einem zur Hauptsache gestellten Parteiantrage vorläge.

3. OLG. **20** 308 (Breslau). Unter „Entscheidung" sind im Abs. 3 — im Gegensatze zu diesem Begriff im Abs. 1 — nur Urteile und nicht auch Beschlüsse zu verstehen.

III. Kombinationsfälle. 1. OLG. **21** 73 (KG.). Ist ein Anerkenntnisteilurteil und nach Erledigung des Restes ein Schlußurteil nur über die Kosten ergangen, so ist sowohl die Berufung, wie

die Beschwerde unzulässig; die Berufung deshalb, weil die Hauptsache durch das Anerkenntnisurteil nicht in vollem Umfang erledigt ist, die sofortige Beschwerde, weil es an der Voraussetzung fehlt, daß eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen sei.

2. OLG. **21** 74 β, SchlHolstAnz. **10** 109 (Kiel). Wenn zwar die Hauptsache nur zu einem Teile durch Anerkenntnisurteil und zum anderen Teile auf Grund kontradiktorischer Verhandlung erledigt worden und über beide Teile und über die Kosten einheitlich entschieden ist, aber die Entscheidung über die Kosten, soweit sie den Beklagten belastet, mit dem Anerkenntnisurteile zusammenhängt, so ist Berufung seitens des Beklagten gemäß § 99 Abs. 2 zulässig.

§ 100. 1. Anspruch mehrerer obsiegender Streitgenossen. SeuffA. **65** 247 (Dresden). Bei mehreren obsiegenden Streitgenossen, die durch einen gemeinsamen Anwalt vertreten worden sind, hat zwar jeder einen selbständigen Kostenerstattungsanspruch, kann aber nur den seiner Beteiligung am Rechtsstreit entsprechenden Teil der gesamten Kosten erstattet verlangen. Handelt es sich um Eheleute, von denen die Frau auf Leistung, der Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt wird, so kann nach dem üblichen Verteilungsmaßstabe von 1 zu 5 der Mann nur $1/6$ des Gesamtbetrags der beiden Beklagten erwachsenen Kosten erstattet verlangen.

2. OLG. **20** 309 (Braunschweig). Wenn von zwei Streitgenossen A. und B. ersterer durch Vergleich die Prozeßkosten übernommen hat mit Ausnahme der durch die Klagerhebung gegen B. entstandenen und vom Kläger zu tragenden Kosten, so kann B. Erstattung der Hälfte der dem gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten geschuldeten Gebühren und Auslagen verlangen.

§ 101. 1. Kosten der Nebenintervention. **RG.** V. JW. **10** 621, R. **10** Nr. 2597. Der Nebenintervenient, der zu einem zwischen den Hauptparteien über den Streitgegenstand abgeschlossenen Vergleich nicht zugezogen worden ist, hat das selbständige Recht, zur Wahrung seines Kosteninteresses eine richterliche Entscheidung über die ihm vom Gegner der Hauptpartei zu erstattenden Kosten herbeizuführen; sachlich steht ihm ein solcher Kostenerstattungsanspruch insoweit zu, als der Gegner gegenüber der Hauptpartei die Prozeßkosten übernommen hat (vgl. ebenso **RG.** JDR. **3**, § 101 Ziff. 4). Wenn nach dem Vergleiche der Beklagte zur Tragung aller gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits verpflichtet ist, die den Klägern bereits erwachsen sind oder noch erwachsen sollten, so sind darunter auch die Nebeninterventionskosten als miteinbegriffen anzusehen.

2. Kosten der vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel. **a)** **RG.** IV. WarnE. **3** 419. Die Kosten des Rechtsmittels, an welchem sich die Hauptpartei nicht beteiligt hat, sind dem Nebenintervenienten aufzuerlegen (vgl. **RG.** JW. **00** 438, Urteil v. 28. Oktober 1904, II. 51/04, LeipzZ. **10** 396 Nr. 19, 22. Juni 1904 V. 449/03, 17. April 1905 VI. 480/04, woselbst die in JW. **04** 288 Nr. 7 vertretene Ansicht aufgegeben worden ist). **b)** Ebenso SchlHolstAnz. **10** 47 (Kiel).

§ 102. OLG. **21** 77 (KG.). Es muß als grobes Versehen eines Anwalts oder seines Bureaus, für dessen Versehen er seinem Auftraggeber gegenüber nach § 278 BGB. verantwortlich ist, angesehen werden, wenn er eine von ihm nicht unterzeichnete Beschwerdeschrift bei Gericht einreicht, da die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift Voraussetzung der Wirksamkeit der Beschwerdeschrift ist.

§ 103. 1. SeuffBl. **10** 753, R. **10** Nr. 4118 (München). Das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels genügt, er braucht nicht in vollstreckbarer Ausfertigung vorzuliegen.

2. Kostenfestsetzungsverfahren. OLG. **20** 310 (München). Der abgewiesene Kläger, der die ihm vom Beklagten bekannt gegebenen Kosten bezahlt hat, jetzt aber behauptet, zuviel gezahlt zu haben, kann nicht deshalb das Kostenfestsetzungsverfahren betreiben, sondern muß das zuviel Gezahlte im besonderen Prozesse zurückfordern.

§ 104. JW. **10** 869, BreslauAK. **10** 52 (LG. Liegnitz). Der Gerichtsschreiber darf seinen Festsetzungsbeschluß auf Erinnerung selbst abändern. § 576 steht nicht entgegen.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 109. 1. Wegfall der Veranlassung. **a)** Im Arrestverfahren erst, wenn auch die Hauptsache zugunsten des Arrestklägers rechtskräftig entschieden ist: **RG.** JDR. 8 Nr. 1, jetzt auch **RG. 72** 27; **b)** wenn die hinterlegten Zinsscheine fällig geworden sind: **RG.** JDR. 8 Nr. 4, jetzt auch **RG. 72** 264, GruchotsBeitr. **54** 665, BayRpflZ. **10** 99, LeipzZ. **10** 217 Nr. 26, R. **10** Nr. 117. **c)** SächsOLG. **31** 323 (Dresden). Im Falle des § 109 ist der Nachweis, daß die Veranlassung zur Sicherheitsleistung weggefallen ist, nicht an formelle Voraussetzungen gebunden. Die Rechtskraft kann auch durch Vorlegung der Handakten des Rechtsanwalts nachgewiesen werden.

2. Klage auf Rückgabe. **RG.** VII. JW. **10** 757, WarnE. **3** 307. Der Besteller der Sicherheit kann auch statt des Verfahrens aus § 109 im Wege des gewöhnlichen Prozesses, der vor der Novelle von 1898 allein gegeben war, den ihm nach allgemeinen Grundsätzen des materiellen Rechtes zustehenden Anspruch auf Rückgabe der Sicherheit zur Geltung bringen.

3. SeuffBl. **10** 754, R. **10** Nr. 4120 (München). Wenn das im Wechselprozeß ergangene Vorbehaltsurteil im Nachverfahren aufgehoben ist, so ist die vom Beklagten geleistete Sicherheit zurückzugeben, obwohl gegen beide Urteile Berufung eingelegt ist. § 717 ist anwendbar.

Siebenter Titel. Armenrecht.

Vorbemerkung: Sehr verdienstvoll sind die Vorschläge von Otto zu § 114 Nr. 3; sie sind geeignet, das Armenrechtsunwesen erheblich einzuschränken.

Literatur: Otto, Die Erfahrung als Grundlage für Gesetzesreform, SächsRpflA. **10** 201. — Derselbe, Versuch einer Armenrechtsstatistik, SächsRpflA. **10** 437.

§ 114. 1. Armenrecht nur für die Gerichtskosten. **RG.** LeipzZ. **10** 686 Nr. 21, R. **10** Nr. 2599, WarnE. **3** 307. Der Antrag, das Armenrecht zu bewilligen, aber keinen Rechtsanwalt beizuordnen, ist zulässig. Die Voraussetzung des § 114 ist auch dann gegeben, wenn die Partei einen Teil der Prozeßkosten, sei es die des Anwalts, sei es die des Gerichts, zu bestreiten imstande ist.

2. OLG. **20** 393, R. **10** Nr. 2600 (KG.). Wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverteidigung kann in Ehesachen dem Beklagten das Armenrecht grundsätzlich nicht verweigert werden.

3. Reform. **a)** Otto, SächsRpflA. **10** 201 f., empfiehlt 207 Abänderung des Armenrechts dahin, jedem Gesuchssteller mit nicht ganz geringem Einkommen das Armenrecht nicht schlechthin, sondern nur mit der Maßgabe zu bewilligen, daß er seinem Rechtsanwalte die Gerichtsgebühren für eine (seinen Vermögensverhältnissen entsprechend zu bestimmende) niedrigere Wertklasse zu bezahlen habe. **b)** Hierzu gibt Otto, SächsRpflA. **10** 437, im Anschluß an diesen Vorschlag eine Statistik und Aufstellung einer Skala. Voraussichtlich würde nach erfolgter Gesetzesabänderung etwa der Hälfte aller Gesuchsteller das Armenrecht nicht mehr schlechthin bewilligt werden müssen.

§ 115. 1. Das Rechtsverhältnis zwischen Armenanwalt und Partei. *Fürst, LeipzZ. **10** 186 (s. BGB. § 305 Nr. 3a). Die Stellung

des beigeordneten Rechtsanwalts ist, da ein Schuldverhältnis aus einseitigem Rechtsgeschäfte vorliegt, nach den Grundsätzen des Vertragsrechts zu beurteilen.

2. Haftet der Ehemann für die Gerichtskostenschuld der Ehefrau, wenn dieser das Armenrecht bewilligt ist? BreslauAK. **10** 51 (Breslau). Die Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten kommt nicht nur der armen Partei selbst zustatten, sondern auch dritten Personen, die der armen Partei gegenüber zur Bestreitung von Prozeßkosten verpflichtet sind, wie dem Ehemanne hinsichtlich der Kosten eines zwischen den Eheleuten geführten Rechtsstreits im Falle der Bewilligung des Armenrechts an die Frau.

§ 118. Abs. 2. SeuffA. **65** 209 (Augsburg). Da die Antragstellerin seit Jahren von ihrem Ehemanne getrennt und an einem anderen Orte als dieser lebt, so ist für die Ausstellung des Armutszeugnisses die Behörde ihres jetzigen Aufenthaltsorts zuständig, obwohl an sich die Behörde des Wohnsitzes, hier des abgeleiteten Wohnsitzes der Ehefrau, zuständig wäre.

§ 119. Bauer, R. **10** 373 ff. Wird ein bei einem Amtsgericht anhängiger Rechtsstreit, für den einer Partei das Armenrecht bewilligt worden ist, wegen ursprünglicher örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts auf Antrag des Klägers an das zuständige Gericht oder wegen nachträglicher sachlicher Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache auf Antrag einer Partei an das Landgericht verwiesen, so wirkt die von dem angegangenen Amtsgerichte beschlossene Armenrechtsbewilligung auf das Verfahren vor dem im Verweisungsbeschlusse bezeichnete Gericht fort.

§ 124. 1. Umschreibung des Titels. **a)** BraunschwZ. **10** 86, R. **10** Nr. 1403 (Braunschweig). Der Armenanwalt kann die Umschreibung eines rechtskräftigen Kostenfestsetzungsbeschlusses seiner siegreichen Partei auf seinen Namen gemäß § 727 ZPO. verlangen. — Vgl. ebenso bereits OLG. Braunschweig JDR. **5** Nr. 4, jetzt auch BraunschwZ. **10** 85. **b)** OLG. Colmar JDR. **8** Nr. 2 jetzt auch ElsLothJZ. **10** 113.

2. Festsetzungsanspruch der armen Partei. **a)** RheinZ. **2** 489 (Colmar). Neben dem Rechte des Armenanwalts, die Kostenfestsetzung im eigenen Namen zu beantragen, steht auch der armen Partei das Recht zu, in ihrem Namen durch den Anwalt den Antrag zu stellen. **b)** KGBl. **10** 99 (KG.). Der Armenanwalt kann auch namens der Partei die Festsetzung der Gebühren und Auslagen beantragen. **c)** ThürBl. **57** 248 (Jena). Das Recht der armen Partei auf Kostenerstattung ist unabhängig von der Bezahlung des eigenen Anwalts. **d)** Dagegen hinsichtlich der Gerichtsvollzieherkosten ElsLothJZ. **10** 524 (Colmar). Die arme Partei ist durch § 124 gehindert, die Festsetzung der Gebühren und Auslagen des Gerichtsvollziehers auf ihren Namen zu betreiben, es sei denn, daß sie den Gerichtsvollzieher bezahlt oder daß dieser auf das ihm zustehende Recht selbständiger Beitreibung verzichtet hat.

3. ElsLothJZ. **10** 632, BuschsZ. **40** 489, R. **10** Nr. 1404 (Colmar). Wenn der Armenanwalt ausdrücklich für seine Partei die Kostenfestsetzung beantragt, das Gericht aber den Anwalt selbst als Antragsteller behandelt und die zu erstattenden Kosten auf seinen Namen festgesetzt hat, so wird hierdurch der Rechtsanwalt nicht Antragsteller und nicht vorschußpflichtig gemäß §§ 81, 90 GKG. Das Landgericht, welches dieser Meinung ist, verkennt dabei die Grenzen der subjektiven Rechtskraft der Entscheidungen.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Vorbemerkung: Die Entscheidung des **RG.** zu § 139 Nr. 2**a** nimmt den Anhängern der Inquisitionsmaxime, welche sich gern auf § 139 berufen, ein beliebtes

Argument, vgl. hierzu Allg. Vorbem. oben S. 659 V. — Eine interessante Studie über die Bindung der Gerichte in Unfallsachen hat Elperting veröffentlicht, § 148 Nr. 4. — Die Zulässigkeit der Eintragung von Hypotheken auf Grund eines Prozeßvergleichs wird von Foerster verneint, von Predari dagegen bejaht.

§ 137. 1. OLG. 21 72 (Colmar). Kontradiktorische Verhandlung liegt vor, wenn der Beklagte in der mündlichen Verhandlung erklärt, daß er den eingeklagten Betrag nicht bestreite, ihn aber auch nicht anerkenne, und sich dem Erlaß eines Anerkenntnisurteils widersetzt. In dem Widerspruche liegt der Antrag auf Abweisung.

2. Zum Begriff „Verhandeln" s. auch unten §§ 334, 345 Nr. 1.

§ 139. Abs. 2. 1. Fragepflicht. a) **RG.** JW. **10** 239 Nr. 23. Pflicht des Vorsitzenden, für genügende Konkretisierung des zu allgemein gefaßten Feststellungsantrags zu sorgen, vgl. zu § 256. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **10** 158. Ein von einer Partei unter Bezugnahme auf ihre Handelsbücher angetretener Beweis kann nicht ohne weiteres lediglich deshalb für unzureichend erklärt werden, weil die Partei ihre Handlungsbücher nicht vorgelegt hat. Der Richter hat vielmehr durch Ausübung des Fragerechts auf eine Erklärung der Partei darüber, ob und wann sie die Bücher vorlegen werde, hinzuwirken.

2. Grenzen der Fragepflicht. **a)** **RG.** V. R. **10** Nr. 3784. Durch diese Vorschrift soll nicht das Inquisitionsprinzip eingeführt werden. Die hier dem Richter zur Pflicht gemachte Ausübung des Fragerechts dient nicht zur Aufklärung des „wahren Sachverhalts" im Sinne der sog. Inquisitionsmaxime, sondern im Rahmen der unseren Prozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime — abgesehen von der Erläuterung unklarer Anträge — nur zur Ergänzung und Erläuterung des Parteivorbringens (vgl. **RG.** **59** 94, GruchotsBeitr. **48** 938). **b)** **RG.** R. **10** Nr. 3545. Die Fragepflicht besteht nicht, insoweit eine Partei bereits durch das Urteil der Vorinstanz auf die maßgebenden Gesichtspunkte hingewiesen worden ist. **c)** Das Fragerecht erstreckt sich nicht auf den Klagegrund. **RG.** JW. **10** 335, SeuffA. **65** 336, WarnE. **3** 172. Im Anwaltsprozeß sind die Gerichte nicht verpflichtet, in Fällen, in denen der Klagegrund bestimmt angegeben ist, den Parteien gegenüber auf eine andere Begründung der von ihnen erhobenen Ansprüche und auf das Vorbringen der hierfür erforderlichen Behauptungen hinzuwirken. **d)** **RG.** R. **10** Nr. 3546. Eine Pflicht des Vorsitzenden, zu fragen, ob bestimmte schriftliche Ausführungen mündlich wiederholt werden wollen, besteht nicht. Dies gilt auch für Eideszuschiebungen.

§ 140. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 667. Die Anordnung des Vorsitzenden kann nur dann mit der Revision zugleich mit dem Endurteil angefochten werden, wenn über die Zulässigkeit der Anordnung ein Gerichtsbeschluß auf Antrag des Parteivertreters ergangen ist.

§ 142. Literatur: Schneider, Prozeßformalismus und kein Ende, R. **10** 329.

Schneider bekämpft die Meinung, daß eine Anordnung gemäß § 142 erst nach mündlicher Verhandlung ergehen dürfe, als zweckwidrig und formalistisch.

§ 144. *Hugo Cahn, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Gutachten XXX. DJT. 538 (vgl. § 14 Nr. IV GVG.). Dieser Paragraph ermöglicht bei Schutzrechtsstreiten dem Gerichte, zur Aufklärung der Patentschrift oder Einführung in das betr. Gebiet Parteitechniker und belehrende (nicht nur beweisende) Sachverständige heranzuziehen, überdies Augenschein und Niederlegung der Originale bzw. Modelle der verletzenden und verletzten Gegenstände anzuordnen.

§ 145. **RG.** JW. **10** 238, BayRpflZ. **10** 213. Die Fragen, ob gemäß § 145 ZPO. und ob gemäß § 273 BGB. Konnexität vorliegt, sind zwar in ihren Wirkungen (§ 145 Abs. 1 und 2 ZPO., § 274 BGB.) verschieden, die für ihre Entscheidung maßgebenden Grundbegriffe des rechtlichen Zusammenhanges und der Einheit des rechtlichen Verhältnisses haben jedoch, zumal in der erweiternden Auslegung, die die Rechtsprechung dem letzteren Begriffe gegeben hat (vgl. **RG.** JDR. **7** Ziff. 4 b, **8** Ziff. 3 c, Ziff. 6 a β zu § 273 BGB.), eine erhebliche Verwandtschaft miteinander.

§ 148. Literatur: Elperting, Grenzen für die Gebundenheit der Gerichte an die Entscheidung der Versicherungsbehörden über Entschädigung bei Betriebsunfällen, GruchotsBeitr. **54** 265. — Josef, Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde? R. **10** 127.

1. Aussetzungsgrund? **a)** **RG.** JW. **10** 581, R. **10** Nr. 2022. Auf die Frage, ob das in dem anderen Rechtsstreit ergehende Urteil Rechtskraft zwischen den Parteien des gegenwärtigen Prozesses schaffe oder nicht, kommt es nicht an; vielmehr bezweckt die Aussetzungsbefugnis lediglich, zu verhüten, daß in zwei nebeneinander anhängigen Rechtsstreitigkeiten widersprechende Entscheidungen über dieselben Streitpunkte ergehen und dadurch unerwünschte Verwickelungen in den gegenseitigen Verhältnissen der Beteiligten hervorrufen. **b)** **RG.** JW. **10** 335. Die Möglichkeit, daß das OVG. die für den Zivilprozeß wesentliche Frage, wiewohl es um die Entscheidung darüber angegangen ist, aus einem formalen Grunde nicht zur Entscheidung bringen werde, ist kein Grund, die an sich gerechtfertigte Aussetzung abzulehnen. **c)** **RG.** R. **10** Nr. 1774. Die Nachlaßverwaltung ist nicht berechtigt, die Aussetzung des Rechtsstreits über einen Anspruch gegen den Erblasser zu verlangen.

2. Vormundschaftsgericht als Behörde? Josef, R. **10** 127, vertritt im Gegensatze zu **RG.** GruchotsBeitr. **38** 604, **50** 1002 die Ansicht, daß die Vormundschaftsgerichte und die bei Beschwerde entscheidenden Landgerichte und Oberlandesgerichte nicht Verwaltungsbehörden sind.

3. Aussetzungsbeschluß ohne mündliche Verhandlung. ElsLothJZ. **10** 126 (Colmar). Ein ohne mündliche Verhandlung ergangener Beschluß über die Aussetzung ist aufzuheben, auch wenn der Beschwerdeführer den Beschluß nicht aus diesem Grunde gerügt hat. Das Erfordernis der mündlichen Verhandlung ist von Amts wegen zu prüfen.

4. Bindung der Gerichte in Unfallsachen. **a)** Elperting, GruchotsBeitr. **54** 265, bespricht die Frage, ob die Entscheidung der Berufsgenossenschaft (§ 146 LandwUVG., § 135 GewUVG., § 45 BauUVG.), daß ein versicherungspflichtiger Unfall vorliege, schon dann dem richterlichen Nachprüfungsrecht unterliege, wenn jemand einen Anspruch erhebt, den er als den eines „Dritten" bezeichnet, oder sogar schon dann, wenn es zweifelhaft ist, ob ein Anspruch eines „Dritten" oder eines „Arbeiters" vorliegt. Dies ist zu verneinen. Die Frage, ob ein „solcher Anspruch" vorliegt, ist für das Gericht durch die Entscheidung der Versicherungsbehörden dann bindend entschieden, wenn die Entscheidung über die Frage der „Entschädigung überhaupt" mit Notwendigkeit zugleich die Frage erledigt, ob ein „solcher Anspruch" vorliegt. Von diesem Prinzip ausgehend, untersucht Elperting die Fälle der einfachen Betriebszugehörigkeit, d. h. wenn die unfallbringende Tätigkeit unzweifelhaft nur in den Rahmen eines einzigen Betriebs fällt (hier stets Bindung) und die Fälle der doppelten Betriebszugehörigkeit. **b)** SeuffBl. **10** 396 (BayObLG. München). Die Gerichte sind nach § 135 Abs. 3 GewUVG. an die Feststellung der Versicherungsbehörden darüber, in welchem Betriebe sich der Unfall ereignet hat und welche Berufsgenossenschaft hierfür entschädigungspflichtig ist, gebunden. Diese Feststellung ist ein wesentlicher Bestandteil der Entscheidung, daß ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt.

§ 150. OLG. **20** 311 (Hamburg). Die Aufhebung einer Aussetzung erfordert mündliche Verhandlung.

§ 160. Literatur: Foerster, Darf der Grundbuchrichter die Eintragung einer Hypothek ablehnen, wenn ihm als Urkunde über die Eintragungsbewilligung die Ausfertigung eines von den Prozeßbevollmächtigten der Parteien geschlossenen Prozeßvergleichs überreicht wird? GruchotsBeitr. **54** 568. — Predari, Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatze, GruchotsBeitr. **54** 570.

1. Abs. 2 Nr. 1. Eintragung einer Hypothek auf Grund eines Prozeßvergleichs. a) Foerster, GruchotsBeitr. **54** 568. Die Eintragung muß abgelehnt werden, weil das den Vergleich beurkundende Gericht für die Beurkundung von Eintragungsbewilligungen nicht zuständig ist und das die Eintragungsbewiligung enthaltende Sitzungsprotokoll den Erfordernissen des § 29 GBO. daher nicht entspricht. — Dagegen b) *Predari, GruchotsBeitr. **54** 570. Gegenüber der von Förster vertretenen abweichenden Meinung ist davon auszugehen, daß der Prozeßrichter befugt und verpflichtet ist, die zum Zwecke der Ausführung eines Vergleichs erklärte Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für die gestundete Forderung zu beurkunden, und daß die so in den Formen eines Prozeßvergleichs verlautbarte Bewilligung eine den §§ 19, 29 GBO. entsprechende Grundlage für die Eintragung bildet, trotzdem es sich nicht eigentlich um einen Bestandteil des Vergleichs als eines dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörenden Vertrags handelt, sondern um eine dessen Vollziehung dienende Erklärung, und auch, wenn man diese als einseitige, für das Grundbuchamt bestimmte Willenskundgebung ansieht. Dies gilt aber nur für den vor dem Prozeßgericht — oder vor dem beauftragten oder ersuchten Richter oder auch vor dem Amtsgerichte nach § 510 ZPO. — geschlossenen Vergleich. Ein anderes Gericht kann nur als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in deren Formen einen zur grundbuchmäßigen Ausführung geeigneten Vergleich beurkunden. Dabei ist zu betonen, daß für die Eintragungsfrage der Prozeßvergleich nicht als vollstreckbare, sondern lediglich als öffentliche Urkunde in Betracht kommt, weshalb auch aus einem vor einer ausländischen Behörde oder vor einem Sondergerichte geschlossenen Vergleiche die Eintragung verfügt werden kann, wofern er dem § 29 GBO. genügt. Die — dem Grundbuchamte vorzulegende — Prozeßvollmacht ermächtigt zu dem Eintragungsantrage namens des Gläubigers. Aus einem Vergleiche, nach dem der Prozeßbevollmächtigte des Schuldners in dessen Namen die Eintragung bewilligt, kann diese nur im Falle des Nachweises der Vertretungsmacht durch öffentliche Urkunden erfolgen.

2. KGBl. **10** 35 (KG.). Die Berichtigung des Protokolls, welches offenbare Unrichtigkeiten, wie Schreibfehler, enthält, ist zulässig. Vgl. für Protokolle in Strafsachen **RG.** (Straff.) **19** 367, **24** 214. Dies gilt auch für das Zwangsversteigerungsverfahren.

Zweiter Titel. Zustellungen.

§ 170. Abs. 2. KGBl. **10** 107 (KG.). Es ist nicht notwendig, daß die Zustellung von dem Prozeßbevollmächtigten ausgeht. Der Auftrag zur Zustellung kann auch von der Partei selbst oder von einer anderen durch die Partei beauftragten Person erteilt sein. Daß aber der Rechtsanwalt St. mit der Zustellung beauftragt war, muß, abgesehen davon, daß dies behauptet ist, schon mit Rücksicht auf seine Stellung als Rechtsanwalt und Organ der Gerichtsverfassung bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden.

§§ 174, 175. „Wohnen" im Sinne dieser Vorschriften. HansGZ. **10** Beibl. 117 (Hamburg). Im Sinne der §§ 174, 175 ist ein kurzer oder zufälliger Aufenthalt an einem Orte noch nicht ein „Wohnen" an diesem Orte. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Partei eine feste Wohnung an einem

anderen Orte hat und diese nur für kurze Zeit mit dem Willen, in sie zurückzukehren, verläßt. Andererseits ist „Wohnung" auch nicht dasselbe wie „Wohnsitz". Verneint wurde, daß der Beklagte im Deutschen Reiche gewohnt habe, da er nur dann in Hamburg sich ein Zimmer zum Bewohnen mietet, wenn der Segler, auf dem er als Steuermann tätig ist, im Hamburger Hafen liegt, daß er dagegen, wenn er sich auf See befindet, kein Wohnzimmer in Hamburg in Miete hat. Solange der Beklagte im Ausland auf See ist, wohnt er daher nicht in Deutschland (vgl. hierzu Mendelssohn Bartholdy zu § 13).

§ 174. Abs. 2. HansGZ. **10** Beibl. 117 (Hamburg). Ob die Partei zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet ist, entscheidet sich nach der Zeit, in welcher die Zustellung erfolgen soll.

§ 176. Fortdauer der vom Konkursverwalter erteilten Prozeßvollmacht nach Konkursbeendigung s. § 80 Nr. 1.

§ 191. **RG.** LeipzZ. **10** 930 Nr. 26, WarnE. **3** 413. Die Person, „für welche zugestellt werden soll", ist nicht diejenige, von der der Gerichtsvollzieher den Zustellungsauftrag erhalten hat, sondern die die Zustellung betreibende Partei, gleichviel, ob sie selbst oder für sie ihr Prozeßbevollmächtigter oder ein sonstiger Vertreter den Gerichtsvollzieher beauftragt hat (vgl. **RG. 17** 400).

§ 203. HessRspr. **11** 89 (Darmstadt). Damit der Aufenthalt einer Person im Sinne des § 203 als bekannt angesehen werden kann, genügt es nicht, festzustellen, daß die Person sich in einer größeren Stadt — als Bettler — aufhält, es muß vielmehr auch bekannt sein, wo er in dieser Stadt wohnt oder wenigstens vom Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung angetroffen werden kann.

§ 204. Neumiller, BayRpflZ. **10** 132. Der Beschluß auf Bewilligung (Anordnung) der öffentlichen Zustellung ist dem Antragsteller und seinem Gegner nach § 329 zuzustellen, letzterem also öffentlich und zwar auf Grund ausdrücklicher gerichtlicher Anordnung; das Unterbleiben dieser Zustellung hat aber auf die Gültigkeit der bewilligten (angeordneten) Hauptzustellung keinen Einfluß.

§ 207. Abs. 2. 1. Vgl. § 340 Nr. 2. **RG.** JW. **10** 480 Nr. 24, Gruchots Beitr. **54** 1127, BayRpflZ. **10** 338, R. **10** 1775. Zur Einreichung gehört nicht bloß die unkontrollierte Abgabe des Schriftsatzes, sondern auch die Annahme durch einen hierfür zuständigen Beamten, der zur Ausstellung des Eingangsvermerkes befugt ist. Daher genügt es zur Wahrung der Berufungsfrist nicht, wenn am letzten Tage der Frist nach Schluß der für die Gerichtsschreiberei festgesetzten Dienststunden die Berufungsschrift in den Briefkasten des Gerichts gelegt wird. Die Annahme, daß das Gegenteil aus § 188 BGB. folgt, ist unrichtig. (Ebenso hatte das KG. in Übereinstimmung mit KGBl. **04** 18, jedoch im Gegensatze zu OLG. **15** 105, entschieden.) Auch kein Wiedereinsetzungsgrund, vgl. unten § 233 Nr. II **2 c**.

2. KGBl. **10** 48 (KG.). Die Frist des § 207 Abs. 2 ist keine Notfrist. Trotzdem kann sie weder durch Parteivereinbarung verlängert werden, noch wird sie durch die Gerichtsferien gehemmt. Denn eine weitergehende Vergünstigung, als die Verlängerung der Zustellungsfrist, gewährt § 207 Abs. 2 nicht.

II. Zustellungen von Amts wegen.

§ 210. Literatur: Dormitzer, Beglaubigung der zur Zustellung bestimmten Klageabschriften im Amtsgerichtsprozesse, R. **10** 310. — Froeschmann, Beglaubigung durch den Anwalt oder Gerichtsschreiber? BayRpflZ. **10** 175. — Frohmuth, Leitsätze zum neuen Amtsgerichtsprozesse (Nr. 14), JW. **10** 271 (272). — Pogge, Die Beglaubigung der zur Zustellung bestimmten Klageabschriften im Amtsgerichtsprozesse, R. **10** 377. — Unzner, Erwiderung, BayRpflZ. **10** 176.

Hat im Amtsgerichtsprozesse die Beglaubigung der von dem Rechtsanwalte zur Zustellung eingereichten

Klagabschriften durch den Rechtsanwalt oder durch den Gerichtsschreiber zu erfolgen? a) Frohmuth, JW. **10** 272. Die Beglaubigung erfolgt rechtsgültig nur durch den Gerichtsschreiber. Beglaubigung nur durch den Rechtsanwalt macht die Zustellung der Klage ungültig. **b)** Ebenso Froeschmann, BayRpflZ. **10** 175. Die Beglaubigung geschieht bei den von Amts wegen zu bewirkenden Zustellungen auch in Anwaltsprozessen durch den Gerichtsschreiber. § 170 Abs. 2 findet keine entsprechende Anwendung. **c)** Ebenso Dormitzer, R. **10** 310. **d)** A.M. dagegen Unzner, BayRpflZ. **10** 176. Unzner verteidigt gegen Froeschmann die Bestimmung des § 15 Bek. des BayJustMin., die Geschäftsanweisung für die Gerichtsschreibereien in Zivilsachen (nach der Novelle v. 9. Juni 1909) betreffend, v. 2. März 1910 (JMBl. 262), wonach auch bei Zustellungen von Amts wegen die Abschriften der von einem Rechtsanwalt eingereichten Schriftstücke von dem Rechtsanwalte beglaubigt werden; denn § 210 ersetzt nicht den ganzen Abs. 2 des § 170, sondern nur den Satz, nach welchem die Beglaubigung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt. **e)** Ebenso Pogge, R. **10** 377. **f)** JW. **10** 726/7 (LG. Ellwangen). Bei den im amtsgerichtlichen Verfahren gemäß § 496 von Amts wegen zuzustellenden Schriftstücken genügt die Beglaubigung der Abschriften seitens des Anwalts.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 222. Abs. 2. SeuffA. **65** 337, PosMSchr. **10** 56 (Posen [Straff.]). Königsgeburtstag ist in Preußen kein allgemeiner Feiertag im Sinne der Prozeßordnungen.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Vorbemerkung: Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Entscheidung des **RG.** zu § 233 Nr. III, welche die Bestimmung von § 233 Abs. 2 betrifft und ihr Verhältnis zu Abs. 1 behandelt. Die Kasuistik ist im Berichtsjahr erheblich geringer.]

§ 233. I. Allgemeines zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. **RG.** R. **10** Nr. 3549. Für die Gewährung der Wiedereinsetzung ist die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels belanglos, es sei denn, daß Streitmutwillen oder Gesuchsmängel vorliegen.

II. Einzelfälle. 1. Wiedereinsetzung wegen Verzögerung der Entscheidung. **a) RG.** WarnE. **3** 366, LeipzZ. **10** 773 Nr. 27, R. **10** Nr. 3212. Es genügt, wenn das Armenrechtsgesuch sieben Tage vor Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht ist. In dieser Zeit muß die Erledigung des Gesuchs auch während der Gerichtsferien möglich sein, da nötigenfalls, wenn die nächste ordentliche Sitzung erst nach Ablauf der Frist anstehen sollte, die Beschlußfassung in einer besonderen Sitzung stattzufinden hat. Da vorliegend dem Berufungsgerichte nach Eingang der Akten die geräumige Frist von vier bis fünf Tagen zu Gebote stand, und nicht ersichtlich ist, weshalb in dieser Frist das Gesuch nicht erledigt ist, muß davon ausgegangen werden, daß Umstände, auf die der Antragsteller keinen Einfluß haben konnte, hierauf eingewirkt haben, so daß die Nichteinhaltung der Frist als ein unabwendbarer Zufall zu erachten ist. **b)** Ebenso **RG.** LeipzZ. **10** 850 Nr. 15, R. **10** Nr. 3548. Da dem Berufungsgerichte 11 Tage zur Erledigung des Armenrechtsgesuchs blieben, fällt dem Beklagten die Verzögerung der erwarteten Entscheidung nicht zur Last; sie stellt vielmehr für ihn einen unabwendbaren Zufall dar, der ihn an der Einhaltung der Berufungsfrist verhinderte. **c) RG.** R. **10** Nr. 2218. Die das Armenrecht nachsuchende Partei darf schlechthin erwarten, daß das Gesuch im ordnungsmäßigen Geschäftsgang ohne Verzögerung erledigt wird. Darum ist auch bei einem endgültig abgelehnten Gesuche die etwaige amtliche Verzögerung ein unabwendbarer Zufall und ein objektives Hindernis. Weiter darf die Partei erwarten, daß auf das Gesuch sofort

richtig entschieden wird. Es ist wiederum ein objektives Hindernis an Einhaltung der Notfrist, wenn der anfängliche ablehnende Beschluß unrichtig und erst auf Beschwerde nach Ablauf der Notfrist das Armenrecht bewilligt wird.

2. Keine Wiedereinsetzung. a) **RG.** R. **10** Nr. 343. Wiedereinsetzung findet nicht statt, wenn die zur Fristversäumung führende Armenrechtsverweigerung durch unrichtige Angaben in dem Gesuche veranlaßt war (die falsche Angabe des Zustellungsdatums hatte zur Folge, daß das OLG. den Ablauf der Berufungsfrist angenommen und deshalb das Armenrecht versagt hatte). b) **RG.** R. **10** Nr. 2219. Kein objektives Hindernis der Notfristeinhaltung ist der gute Glaube des Gesuchstellers, daß die von ihm beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtsvoll sei. Unterläßt er in der Hoffnung, daß das zunächst abgelehnte Armenrecht in der Beschwerdeinstanz ihm werde bewilligt werden, die ihm anderweit mögliche Einhaltung der Notfrist, so handelt er auf sein Risiko: Er ist an Einhaltung der Notfrist nicht durch einen unabwendbaren Zufall verhindert. c) **RG.** JW. **10** 480 Nr. 24, BayRpflZ. **10** 338, R. **10** Nr. 1776. Kein Wiedereinsetzungsgrund, wenn die Berufungsschrift am letzten Tage der Frist nach Schluß der für die Gerichtsschreiberei festgesetzten Dienststunden in den Briefkasten des Gerichts gelegt und erst am nächsten Tage von der Gerichtsschreiberei angenommen wird. Die Gerichte sind nicht verpflichtet, Einrichtungen zu treffen, um die Einreichung eines der Wahrung einer Notfrist dienenden Schriftsatzes noch nach Ablauf der gewöhnlichen Geschäftsstunden zu ermöglichen. Vgl. oben zu § 207 Nr. 1.

III. Abs. 2. Wie weit reicht die Ausnahmebestimmung des Abs. 2? **RG.** II. **73** 55, JW. **10** 336, LeipzZ. **10** 396 Nr. 20, R. **10** Nr. 1406 Die Bestimmung hat nicht den Sinn, daß in allen Fällen, wo eine Partei von der Zustellung eines VU. schuldlos nichts erfahren und die Einspruchsfrist versäumt hat, die Wiedereinsetzung zu erteilen wäre. Vielmehr ist, entsprechend dem Regelfall (Abs. 1) erforderlich, daß die Partei durch die unverschuldete Nichterlangung der Kenntnis an der Einhaltung der Notfrist verhindert worden ist, daß also gerade hierin die Ursache der Fristversäumung liegt. Das trifft aber nicht zu, wenn eine Partei zwar von der Urteilszustellung, soweit es auf diese allein ankommt, schuldlos nichts erfahren hat, aber durch sonstiges Verschulden die Einspruchsfrist versäumt hat, indem sie z. B. trotz Kenntnis von der ihr persönlich zugestellten Klage und vom Stande des Prozesses VU. hat gegen sich ergehen lassen und auch in den folgenden Tagen, obgleich sie mit einer längeren Behinderung rechnen mußte, nichts zur Wahrung ihrer Interessen getan hat.

§ 234. Literatur: Cramer, Wann ist das Hindernis gehoben bei Zuordnung eines Armenanwalts nach Ablauf der versäumten Notfrist? R. **10** 638.

Cramer verteidigt gegen Gaupp-Stein § 234 Bem. II die Ansicht des **RG.** insbesondere **41** 367, daß das Hindernis gehoben ist, sobald der Beiordnungsbeschluß dem Anwalte zugestellt ist. Der Anwalt muß handeln, sobald er beigeordnet ist, die Partei muß, wenn sie den Prozeß führen will, ihm Vollmacht erteilen. Die Vollmachtserteilung selbst ist eine interne Angelegenheit, auf die es — nach Gaupp-Stein selbst — nicht ankommt.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. OLG. Colmar, JDR. **8** Nr. 4 jetzt auch ElsLothJZ. **10** 114.

2. Abs. 2. **RG.** R. **10** Nr. 2604. Die fehlende Ladung zur Hauptsache kann durch Ankündigung eines Antrags zur Hauptsache ersetzt werden.

3. OLG. 21 77 (KG.). Erscheinen die Rechtsnachfolger und nehmen ausdrücklich den Rechtsstreit auf (oder gestehen sie die Rechtsnachfolge zu, worin zugleich die Erklärung der Aufnahme des Rechtsstreits liegt), so ist mit diesem Zeitpunkte die Unterbrechung des Verfahrens beendet. Einer besonderen Entscheidung, die die Aufnahme des Rechtsstreits zum Gegenstande hat, bedarf es nicht.

§ 240. Literatur: Tetzner, Wirksamkeit älterer Staatsverträge mit Auslandsstaaten gegenüber der KO. und ZPO., LeipzZ. **10** 450.

1. Streit um die Kosten. OLG. Cassel, JDR. 8 Nr. 1 jetzt auch BuschsZ. **40** 324.

2. Übereinkunft zwischen Sachsen und Österreich. **a)** OLG. Dresden, JDR. 8 Nr. 2 jetzt auch LeipzZ. **10** 173. **b)** Vgl. hierzu Tetzner, LeipzZ. **10** 450, welcher die Wirksamkeit der Übereinkunft verneint.

3. Fortdauer der vom Konkursverwalter erteilten Prozeßvollmacht nach Konkursbeendigung. Vgl. hierüber § 80 Nr. 1, § 86 Nr. 1 und 2.

4. Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter gemäß § 10 KO. **a) RG.** JW. **10** 624 Nr. 25. **b) RG.** JW. **10** 944.

§ 248. SächsOLG. **31** 328 (Dresden). Prozeßgericht im Sinne des § 248, wenn das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils angebracht wird, ist das Gericht erster Instanz. Vgl. jetzt **RG. 68** 250.

§ 250. Scherer, SeuffBl. **10** 242. Die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens und die Einlegung der Berufung können infolge der Novelle 1909 nicht mehr verbunden werden.

§ 251. 1. **RG. 73** 394, JW. **10** 657. Haben die Parteien nach dem Protokoll im Termine nur erklärt, das Verfahren solle ruhen, und über die Dauer des Ruhens nichts angegeben, sich aber außergerichtlich dahin geeinigt, den Prozeß bis zur Erledigung einer anderen Sache nicht zu betreiben, so ist letzteres maßgebend und das Ruhen ist auf bestimmte Zeit, nämlich bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts, vereinbart.

2. **RG. 73** 394, JW. **10** 657. Haben sich die Parteien geeinigt, den Prozeß bis zur Erledigung einer anderen Sache nicht zu betreiben, so ist dennoch der Kläger nicht gehindert, durch rechtzeitige neue Ladung die Verjährung zu unterbrechen (§ 211 Abs. 2 Satz 2 BGB.). Der Einrede der Verjährung würde die Gegeneinrede der Arglist entgegenstehen.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: Sehr reichhaltig ist auch dieses Mal das Material zu § 256, hervorzuheben ist die Entscheidung des **RG.** zu § 256 Nr. V, wo die Zulässigkeit der Feststellungsklage des Stempelfiskus grundsätzlich bejaht ist. — Die zu § 259 Nr. 4 zit. Aufsätze lenken das Interesse auf die in der Praxis oft vorkommende, aber meist mit Stillschweigen übergangene Frage, ob und wann der Klagantrag auf Herausgabe der Sache oder Zahlung des Wertes zulässig ist. — Wohl mit Recht tritt Hoeniger dem **RG.** entgegen, welches in dem Übergange von der Erfüllungs- zur Schadensersatzklage nach § 326 BGB. Klagänderung erblickt (§ 268 Nr. II 5). — Beachtung verdient der Aufsatz von v. Seuffert über die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht (§ 276).

Vor § 253. Rechtsschutzvoraussetzungen. Hierüber s. jetzt oben Allgem. Vorbemerkung A III S. 657.

§ 253. 1. Abs. 2. Ziff. 1. Unrichtige Parteibezeichnung s. oben § 50 Nr. 2.

2. Abs. 2 Ziff. 2. Sachdarstellung. Eventuelle Klagebegründung. SeuffA. **65** 338 (Dresden). Wenn der Beklagte gegenüber der Darstellung des Klägers eine abweichende Sacherzählung gibt, nach der jedoch seine Verurteilung ebenso geboten erscheint, wie nach der des Klägers, so ist vorauszusetzen, daß der Kläger sein Klageverlangen gegebenenfalls auch auf Grund des vom Beklagten behaupteten Tatbestandes habe aufrechterhalten wollen. Die Klage ist nicht etwa deswegen abzuweisen, weil der Kläger sich nicht ausdrücklich eventuell auf den vom Beklagten geltend gemachten Tatbestand gestützt hat.

3. Abs. 2 Ziff. 2. Antrag auf Herausgabe der Sache oder Zahlung des Werts. Vgl. hierüber unter § 259 Nr. 4.

4. KGBl. **10** 4 (KG.). Die Heilung einer wirkungslosen Zustellung (z. B. durch nachträgliche Zustellung an den gesetzlichen Vertreter) kann sinngemäß, wenn dadurch noch die ordnungsmäßige Klagerhebung hergestellt werden soll, jedenfalls nur vor der ersten mündlichen Verhandlung unter Einhaltung der Einlassungsfrist erfolgen.

§ 254. Literatur: Coenen, LeipzZ. **10** 276.

1. Coenen. Der Agent kann mit der Klage auf Mitteilung eines Buchauszugs die Klage auf Zahlung des nach diesem sich für ihn ergebenden Betrags nicht verbinden.

2. SächsOLG. **31** 329 (Dresden). Die Klage auf Leistung des Offenbarungseids (BGB. § 259 Abs. 2) kann mit der Klage auf Rechnungslegung verbunden werden.

§ 256. Literatur: du Chesne, Das Beweislastproblem, SeuffBl. **10** 595, insbes. 624. — Schultzenstein, Die Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren, R. **10** 489.

I. Rechtsverhältnis. 1. Liegt ein Rechtsverhältnis oder eine Tatsache vor? **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1131, R. **10** Nr. 742. Die Feststellungsklage ist nicht gegeben, wenn die Vollstrecker eines Testaments, in dem eine Familienstiftung errichtet ist und über die Wahl der Verwalter durch die Vollstrecker Bestimmungen getroffen sind, auf Feststellung klagen, daß gewisse Personen nicht geeignet seien, zu Verwaltern gewählt zu werden. Es fehlt an dem festzustellenden Rechtsverhältnisse. Treffen die Testamentsvollstrecker eine Entscheidung, so stellen sie kein streitiges Rechtsverhältnis fest, sondern üben nur das ihnen anvertraute Wahlrecht aus. Anders wäre es, wenn die Betreffenden ein Recht hätten, gewählt oder bei der Wahl berücksichtigt zu werden.

2. Einrede aus § 478 BGB. **RG. 74** 292. Der Käufer kann die Einrede aus § 478 im Wege der Feststellungsklage geltend machen, obwohl ihm an sich kein Leistungsanspruch, sondern nur ein Zahlungsverweigerungsrecht verblieben ist. Dadurch, daß Gewährleistungsrechte vorliegen, die den Käufer, der rechtzeitig gerügt hat, berechtigen, trotz vollendeter Verjährung seiner Wandelungs- oder Minderungsansprüche die Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises ganz oder teilweise zu verweigern, ist ein besonderes, dieses Verweigerungsrecht umfassendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Verkäufer entstanden, das zwar kein selbständiges, sondern nur der Ausfluß eines weitergehenden Rechtsverhältnisses des Kaufgeschäfts ist. Aber dies genügt für ein Rechtsverhältnis, um die Voraussetzung einer Feststellungsklage bilden zu können, wie es auch nicht erforderlich ist, daß das Rechtsverhältnis einen Leistungsanspruch gegen den Beklagten zu begründen oder auch nur vorzubereiten geeignet ist (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. § 256 II 1 a und c).

3. Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses. **RG.** JW. **10** 239 Nr. 23. Unzulässig ist es, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, die in ihrer

der Beziehung zu konkreten Verhältnissen ermangelnden Allgemeinheit lediglich theoretische Bedeutung hat. Nötig ist insbesondere die Bezeichnung derjenigen einzelnen schadenswirkenden Vorgänge, die den festzustellenden Schaden herbeigeführt haben sollen. Der Vorsitzende hat durch *Ausübung des Fragerechts* auf Konkretisierung des zu allgemein gefaßten Antrags hinzuwirken.

4. *Feststellungsklage gegen Dritte.* **a) RG.** SächsRpflA. **10** 371, R. **10** Nr. 2606, WarnE. **3** 308. Für die Klage zwischen zwei *Forderungsprätendenten* auf Feststellung, daß der Widerspruch gegen die Auszahlung eines hinterlegten Betrags unbegründet sei, ist das Feststellungsinteresse gegeben, da der Schuldner bereit ist, das Geld auszuzahlen, sobald die Parteien einig sind. Dies gilt, obwohl das Urteil zwischen dem Schuldner und dem Sieger direkte Rechtskraft nicht erlangt. **b)** FrankfRundsch. **44** 159 (Frankfurt). Zulässig ist die Klage auf Feststellung eines nicht zwischen den Parteien untereinander, sondern zwischen einer Partei unter Ausschluß der anderen und einem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses, z. B. betreffend die *Gläubigerschaft an einem Sparkassenguthaben.*

5. *Inwieweit muß das Rechtsverhältnis ein bestehendes sein?* **a) RG.** JDR. **8** § 256 Nr. 1 b jetzt auch SeuffBl. **10** 207. **b) RG.** JW. **10** 824 Nr. 48, BayRpflZ. **10** 383. Zulässig ist die Feststellung eines *aufschiebend bedingten* Anspruchs, z. B. der Verpflichtung des nach § 828 Abs. 2 BGB. nicht verantwortlichen Beklagten, dem Kläger den infolge einer Schußverletzung *später entstehenden*, von einem aufsichtspflichtigen Dritten nicht zu erlangenden *Schaden zu* ersetzen, sofern sich die Verhältnisse des Klägers einer- und die des Beklagten andererseits so gestalten, daß bei billiger Beurteilung der Sachlage eine Schadloshaltung des Klägers geboten und ohne Beeinträchtigung des standesmäßigen Unterhalts des Beklagten und der Erfüllung der ihm obliegenden Unterhaltspflichten möglich erscheint. **c) RG.** R. **10** Nr. 3213. Ist einer *Stiftung* eine Zuwendung letztwillig zugedacht, so kann sie noch *vor Erwirkung der staatlichen Genehmigung* auf Feststellung der Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügung klagen. Schon vor Erteilung der Genehmigung besteht in jedem Falle ein Rechtsverhältnis zwischen der bedachten juristischen Person und dem Erben. **d) RG.** R. **10** Nr. 121. Eine Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht ist unzulässig, wenn ein *Ersatzanspruch* noch nicht begründet ist, sondern nur *möglicherweise in Zukunft* zur Entstehung gelangt. Es fehlt an dem Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien. **e)** *Vergangene Rechtsverhältnisse.* **RG.** JDR. **8** Nr. 1 d jetzt auch GruchotsBeitr. **54** 1122, BayRpflZ. **10** 136.

II. *Rechtliches Interesse.* 1. *Wann liegt ein rechtliches Interesse vor.* **a) RG.** JW. **10** 824 Nr. 48. Das Interesse an der Feststellung, daß der Beklagte gemäß § 829 BGB. zum Schadensersatze verpflichtet ist, sofern dieser Anspruch später auch vom Billigkeitsstandpunkte begründet ist, ergibt sich daraus, daß bei dem jetzt alles *bestreitenden Verhalten des Beklagten die spätere Durchführung eines Ersatzanspruchs gegen ihn gefährdet* erscheint. Der Kläger hat vor allem das Interesse daran, schon jetzt die Tat des Beklagten als solche klarzustellen und mit dem hierfür zu erbringenden Beweise nicht jahrelang warten zu müssen. **b) RG.** JDR. **8** Nr. 2 c jetzt auch LeipzZ. **10** 157. **c) RG.** JDR. **8** Nr. 2 e jetzt auch SeuffA. **65** 239. **d) RG.** JDR. **8** § 256 Nr. 2 h jetzt auch SeuffBl. **10** 207.

2. SeuffBl. **10** 148 (BayObLG.). Es genügt, daß das rechtliche Interesse des Klägers zur Zeit der Urteilsfällung besteht; das Interesse ist *nicht Prozeßvoraussetzung*, sondern *Voraussetzung eines dem Kläger günstigen Sachurteils.*

3. **RG.** R. **10** Nr. 3561. Zulassung einer Feststellungsklage ohne rechtliches Interesse stellt eine *Verletzung der Verfahrensvorschriften* dar.

III. *Interesse an alsbaldiger Feststellung.* 1. *Trotz langjähriger Vertragsdauer.* SchlHolstAnz. **10** 151 (Kiel). Zulässig ist die Klage auf Feststellung, daß ein Vertragsverhältnis in zehn Jahren abläuft und auf Feststellung der Rechtsfolgen, die dann eintreten. Die klagende Stadtgemeinde hat wegen der bis in die Gegenwart hineinreichenden Entschließungen schon jetzt ein Interesse an dieser Feststellung.

2. *Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage.* a) **RG.** WarnE. **3** 452 Nr. 433. Die Feststellungsklage auf Feststellung der gesamten Pflichten des Beklagten aus dem Dienstvertrag ist zulässig, da der *Kläger noch nicht in der Lage* ist, *schon jetzt alle Einzelleistungen einzuklagen.* Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger einige Leistungen schon jetzt einklagen kann; alle Einzelleistungen kann er jedenfalls noch nicht bestimmt bezeichnen und beanspruchen. b) HessRspr. **10** 170 (Darmstadt). Die auf Feststellung des ganzen Leibgedinges gerichtete Klage ist zulässig, *obwohl hinsichtlich eines Teiles des Gedinges schon die Leistungsklage möglich ist.* Die einzelnen Teilrechte des Leibgedinges haben zwar eine selbständige, rechtliche Existenz, stehen jedoch in einem sachlichen wirtschaftlichen Zusammenhange, der ein Interesse an einer gemeinsamen Geltendmachung bedingt. c) **RG.** R. **10** Nr. 3366. Trotz an sich möglicher Leistungsklage auf Grundberichtigung ist die Feststellungswiderklage zulässig, weil die Leistungsklage nur gegen den Widerbeklagten in Gemeinschaft mit anderen Personen erhoben werden kann.

3. *Unzulässigkeit wegen möglicher Leistungsklage (künftiger Leistungsklage).* OLG. **20** 311 t, HansGZ. **10** Beibl. 38 (Hamburg). Kein Feststellungsinteresse, da der Kläger seinen an einem bestimmten Kalendertage fälligen Wohnungsräumungsanspruch auch gemäß § 257 geltend machen kann.

4. **RG. 73** 82, JW. **10** 239. Kein Interesse an alsbaldiger Feststellung, wenn trotz Obsiegens des Klägers der Beklagte nicht gehindert sein würde, seinen Anspruch auf Grund anderer Tatsachen (durch anderweite Bemängelung des vertraglich zugrunde liegenden Gutachtens, aufrecht zu erhalten, denn es ist nicht dargetan, daß durch Klärung der im Klagantrag enthaltenen sieben einzelnen Streitpunkte der streitige Antrag seine *erschöpfende* Deckung finden würde.

5. *Feststellungsklage bei Erbteilungen.* a) **RG.** WarnE. **3** 266, R. **10** Nr. 2605. Der Miterbe hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß der Miterbe die Richtigkeit des behaupteten Nachlaßbestandes anerkenne, bevor er die Klage auf den Abschluß des Erbauseinandersetzungsvertrags erhebt. Denn letztere hat zur nächsten Voraussetzung, daß die Nachlaßgegenstände sämtlich feststehen. Im übrigen läßt sich nicht absehen, ob, sobald durch richterliches Urteil hierüber Gewißheit hergestellt worden ist, die Art und Weise der Erbauseinandersetzung überhaupt zu einem Streite unter den Erben Veranlassung geben wird. b) OLG. **21** 79 (Braunschweig) bejaht die Zulässigkeit der Feststellungsklage zur Erledigung von einzelnen Streitpunkten im Erbauseianderseßungsverfahren (vgl. **RG.** JDR. **8** Nr. 3 b β).

6. **RG.** R. **10** Nr. 4127. Besteht für den Feststellungskläger ein starkes wirtschaftliches Interesse daran, alsbald zu wissen, wie es um sein Recht hinsichtlich eines auf lange Zeit abgeschlossenen Rechtsverhältnisses steht, so wird die *Feststellungsklage nicht* dadurch *ausgeschlossen,* daß er gegen den Verlust von Beweismitteln *durch* ein *Beweissicherungsverfahren* sich schützen könne.

7. OLG. **20** 340 (KG.). *Neben der Vollstreckungsgegenklage* ist außerdem die Feststellungsklage gegeben, daß ein Anspruch überhaupt nicht mehr

besteht. Denn die Feststellungsklage geht weiter als die nur auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel gerichtete Gegenklage, da sie eine Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs überhaupt begehrt.

8. SchlHolstAnz. **10** 352 (Kiel). Der rechtliche Bestand eines Schiedsvertrags ist im Beschlußverfahren festzustellen. Eine Klage auf Feststellung des Fortbestehens eines Schiedsvertrags entbehrt daher des rechtlichen Interesses des Klägers an der alsbaldigen Feststellung.

9. Feststellungsklage des Stempelfiskus s. unten V.

IV. Insbesondere die negative Feststellungsklage. 1. **RG.** JW. **10** 823 Nr. 47, BayRpflZ. **10** 428 II, R. **10** Nr. 3215. Die Abtretung einer Grundschuld hindert den Schuldner nicht daran, gegen den ursprünglichen Gläubiger auf die Feststellung zu klagen, daß er die Grundschuld nicht geltend machen darf.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3214. Die negative Feststellungsklage bleibt so lange zulässig, als nicht klar erhellt, daß ein Versuch zu rechtlich ungerechtfertigten Zumutungen nicht mehr wiederholt werden wird.

3. Ermächtigung eines Dritten zur Geltendmachung der Nichtigkeit. **RG.** V. **73** 306, JW. **10** 657, R. **10** Nr. 2220. Es wird dahingestellt gelassen, ob die Abtretung des Rechtes auf Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags in dem Sinne zulässig ist, daß das Recht dem Zessionar als ein eigenes Vermögensrecht zusteht und aus der Machtbefugnis des Zedenten gänzlich ausscheidet. Denn in jedem Falle ist die Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigenden durch den Ermächtigten in eigenem Namen und auf eigene Gefahr und Kosten im allgemeinen und auch hinsichtlich der negativen Feststellungsklage zulässig (**RG.** GruchotsBeitr. **35** 1014, **10** 48, **53** 275, 411).

V. Feststellungsklage des Stempelfiskus. **RG. 72** 155, JW. **10** 77 Nr. 35. Zulässig ist die Feststellungsklage des Stempelfiskus dahin, daß ihm ein bestimmter Stempelanspruch gegen den Beklagten zustehe. Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus § 26 PrStempStG., welche Bestimmung sich nur auf den Stempelpflichtigen bezieht, aber aus allgemeinen Erwägungen. Ob das erforderliche Feststellungsinteresse vorhanden ist, ist Tatfrage. Vorliegend war es vorhanden, da der Fiskus gegenüber der Klage des Stempelpflichtigen auf Rückzahlung das Interesse an der Feststellung hatte, daß ihm auf Grund derselben Rechtserwägungen, mit denen er den Klaganspruch bekämpfte, ein weiterer Stempelbetrag gebühre; es würde sonst der Rechtsstreit über dieselben konkreten Rechtsfragen in zwei Teile zerrissen. In der Regel wird dieses Interesse jedoch fehlen, weil dem Fiskus das Verwaltungszwangsverfahren zur Durchführung seines Anspruchs zu Gebote steht.

VI. Prozessuales. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 626, R. **10** Nr. 1917. Die zulässig erhobene Feststellungsklage wird nicht dadurch unzulässig, daß während des Prozesses die Voraussetzungen für eine Erfüllungsklage eintreten. Der Übergang von dem Feststellungsantrage zu dem Erfüllungsbegehren ist zwar ein Recht, aber keine Pflicht des Klägers. Ebensowenig bestand eine Rechtspflicht für den Kläger (Prinzipal), dem Beklagten während Schwebens des Feststellungsprozesses kundzugeben, welchen Gebrauch er im Falle des Obsieges von dem erstrittenen Feststellungsurteile machen werde. Obwohl er das Feststellungsinteresse damit begründet hat, daß er auf Grund des Vertrags Schadensersatz verlangen werde, ist er nicht hierauf beschränkt, sondern kann auch Erfüllung verlangen. Diese Beschränkung würde eine ungerechtfertigte Überspannung der Grundsätze von Treu und Glauben bedeuten (vgl. BGB. § 242 Nr. 3 d).

2. Selbständige Bedeutung des Feststellungsantrags. **RG.** JW. **10** 825 Nr. 49. Die Klage mit den Anträgen: a) festzustellen, daß der Kläger an der bezeichneten Strecke zur Ausübung der Fischerei ausschließlich berechtigt ist, b) den Beklagten zum Ersatze des durch das Bestreiten der Berechtigung und durch die Verpachtung entstandenen Schadens zu verurteilen, enthält zu a eine selbständige Feststellungsklage. Daraus, daß der zu b geforderte Schadensersatz dem Kläger nicht zugesprochen werden könnte, wenn nicht die behauptete Gerechtigkeit als ihm zustehend anerkannt würde, folgt nicht, daß die Entscheidung über die Schadensersatzforderung auch bezüglich des Bestehens der Gerechtigkeit überhaupt Rechtskraft wirken würde. Das Gegenteil ergibt § 322. Das, was der Kläger mit dem Antrag zu a begehrt, ist demnach keineswegs in dem Antrage zu b ohnehin mitenthalten.

3. **RG. 74** 121, JW. **10** 710 Nr. 16, R. **10** Nr. 2432. § 323 ist auf Feststellungsklagen nicht anwendbar (vgl. u. zu § 323 Nr. 4).

4. Beweislast bei Feststellungsklagen. du Chesne, SeuffBl. **10** 595, insbes. 624, erörtert das Beweislastproblem im allgemeinen und insbesondere bei Feststellungsklagen.

5. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 130/4. Durch die Erhebung der positiven Feststellungsklage übt regelmäßig der Kläger, durch den Antrag auf Abweisung der negativen Feststellungsklage übt regelmäßig der Beklagte ein bestimmtes subjektives Privatrecht aus.

§ 259. Literatur: Josef, Klagen auf Leistung von Sachen oder auf Zahlung des Wertes, JW. **10** 919. — Marquardt, Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe, JW. **09** 37. — Siegel, Zur prozessualen Geltendmachung der Eigentümeransprüche, JW. **10** 55.

1. **RG.** R. **10** Nr. 1121. § 259 ist unanwendbar, wenn es noch unsicher ist, ob überhaupt und eventuell in welcher Höhe ein Anspruch des Klägers begründet ist. § 259 setzt einen bestimmten sicheren Anspruch auf eine zukünftige Leistung voraus, zu der verurteilt werden kann, so daß mit Eintritt der Fälligkeit der Leistung die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile nötigenfalls ohne weiteres beginnen kann.

2. OLG. **20** 312, NaumburgAK. **10** 5, R. **10** Nr. 948 (Naumburg). Vorausgesetzt wird ein positives Verhalten, aus dem geschlossen werden kann, daß der Schuldner die Befriedigung des Gläubigers erschweren oder hintertreiben will. Daß sich der Schuldner wegen eines über frühere Warenlieferungen ausgestellten Akzepts verklagen und pfänden ließ, genügt nicht, zumal aus seinem Stundungsgesuche hervorgeht, daß er zahlen wollte.

3. OLG. **20** 312 (Königsberg). Mit der im § 259 bezeichneten Besorgnis des Klägers ist auch eine Veranlassung zur Klage im Sinne des § 93 gegeben. Der Beklagte kann also nicht seine Kostenpflicht durch Anerkennung des Klaganspruchs abwenden.

4. Klagen auf Herausgabe von Sachen oder auf Wertersatz. a) Marquardt, JW. **09** 37. Die Praxis, welche bei Klagen auf Herausgabe einer Sache zur Vermeidung einer späteren Klage auf das Interesse den Antrag auf „Herausgabe oder Zahlung des Wertes" zuläßt, ist unrichtig. Marquardt schlägt, gestützt auf §§ 255, 259, folgenden Antrag vor: zu erkennen: Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die Sache x in einer Frist von y Tagen nach Rechtskraft des Urteils herauszugeben. Gibt er die Sache in dieser Frist nicht heraus, so wird er verurteilt, dem Kläger z M. zu zahlen. b) Hiergegen Siegel, JW. **10** 55, welcher weder § 255 noch § 259 für anwendbar hält. c) Ebenso Josef, JW. **10** 919, welcher zu folgendem Ergebnisse gelangt: 1. Der auf Leistung einer Sache Berechtigte kann grundsätzlich nur auf diese klagen, nicht aber auf Leistung

der Sache oder Zahlung ihres Wertes. Denn ein solcher auf Leistung der Sache oder Wertersatz gerichteter Antrag enthält nur die Erklärung des Gläubigers, daß er bereit sei, an Stelle der Sache deren Wert anzunehmen. Ein solches Angebot, auf das dem Beklagten keine Erklärung obliegt, rechtfertigt aber nicht eine Verurteilung nach der vom Kläger angebotenen Wahl. Jener Klagantrag kann auch nicht gestützt werden: a) auf § 255 ZPO., denn diese Vorschrift gibt nach ihrem Wortlaut und nach ihrer Entstehung dem Gläubiger nur das Recht, zu verlangen, daß ihm im Urteil eine Frist bestimmt werde, nach deren Ablauf er durch neue Klage Wertersatz beanspruchen kann; b) auf § 259 ZPO., denn dem Gläubiger steht der Anspruch auf Wertersatz nur zu unter mehrfachen Voraussetzungen, wie Verschulden, Bösgläubigkeit, Rechtshängigkeit; Ansprüche aber, deren Entstehung eine so entfernte ist, rechtfertigen nicht eine Klage auf künftige Leistung. — 2. Klagt der Gläubiger dem zuwider auf Leistung der Sache oder Zahlung des Wertes, so ist der Beklagte lediglich zur Sachleistung zu verurteilen und der Kläger mit dem Anspruch auf Wertzahlung abzuweisen. Ausnahmsweise kann der Gläubiger auf Leistung der Sache oder auf Zahlung des Wertes klagen, wenn ihm (wie z. B. bei Altenteilsleistungen) gesetzlich das Recht zusteht, im Falle des Verzugs des Schuldners an Stelle der geschuldeten Sachen deren Wert zu fordern. Denn dieses ihm zustehende Wahlrecht braucht der Gläubiger nicht schon in der Klageschrift auszuüben; er kann vielmehr die Verurteilung des Beklagten verlangen, nach des Klägers Wahl die Sache zu leisten oder ihren Wert zu zahlen. In gleicher Weise kann der Gläubiger, wenn ihm (wie bei Abzahlungsgeschäften) laut Vertrag das Recht zusteht, wegen Verzugs des Schuldners den rückständigen Geldbetrag oder (unter Rücktritt vom Vertrage) die Herausgabe der Sache zu verlangen, die Verurteilung des Beklagten zu einer oder der anderen dieser Leistungen nach Wahl des Klägers verlangen. In diesem Falle besteht das Wahlrecht des Gläubigers fort bis zu seiner Befriedigung oder bis der Schuldner nach § 264 Abs. 2 BGB. den Übergang des Wahlrechts für sich bewirkt.

§ 260. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 294 Nr. 27, GruchotsBeitr. **54** 1059, WarnE. **3** 163. Die Verbindung der Klage auf Zahlung mit der Widerspruchsklage nach §§ 878 ZPO., 115 ZVG. ist zulässig. Die Widerspruchsklage gehört keiner anderen „Prozeßart“ an.

2. R. **10** Nr. 3550 (Colmar). Bei einer Klage, die in erster Linie auf Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruchs eventuell auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des nach dem Schiedsspruche dem Kläger zustehenden Betrags gerichtet ist, handelt es sich zwar materiell um die Verfolgung einer und derselben Forderung, prozessual aber um die Verbindung zweier Ansprüche.

3. Wann ist die Stellung eines Eventualantrags Klagänderung? vgl. hierüber § 268 Nr. III.

4. Antrag auf Herausgabe der Sache oder Zahlung des Wertes. Vgl. hierüber § 259 Nr. 4.

§ 263. 1. **RG.** JW. **10** 826 verneint, daß der mit dem vorliegenden Klaganspruch identische, im Vorprozesse gestellte Hilfsantrag dort rechtshängig geworden ist. Denn der Anspruch, der den Gegenstand des Hilfsantrags bildete, stand zu dem tatsächlichen Vorbringen, mit dem er begründet wurde, in Widerspruch. Ein solches in sich widerspruchsvolles Klagebegehren (der Kläger begehrte Befreiung von Verbindlichkeiten, die ihm aus einer Abtretung der Grundschuld erwachsen sein sollten, und bestritt, daß eine Abtretung erfolgt sei) ist prozessual unstatthaft und begründet die Wirkung der Rechtshängigkeit nicht.

2. SächsOLG. **31** 325 (Dresden). Die Erhebung der Klage gegen eine offene Handelsgesellschaft begründet nicht Rechtshängigkeit gegenüber einer Klage gegen die Gesellschafter.

3. SeuffBl. **10** 261, R. **10** Nr. 1409 (Nürnberg). Die Einrede der Rechtshängigkeit ist nicht begründet, wenn beim Kaufmannsgerichte der Anspruch auf Dreimonatsraten einer Pension eingeklagt, beim ordentlichen Gericht aber Feststellungsklage auf die Pensionsberechtigung als solche erhoben ist.

4. Rechtshängigkeit trotz außergerichtlichen Vergleichs. OLG. **20** 314 (KG.). Rechtshängigkeit liegt vor, wenn der Kläger die ihm durch außergerichtlichen Vergleich zugesprochene Summe einklagt, obwohl er die Berufung noch nicht zurückgenommen hat. Denn der Vorprozeß ist trotz des Vergleichs noch anhängig.

5. Abs. 2 Ziff. 2. OLG. **21** 67, R. **10** Nr. 2385 (Hamburg). Auf diese Bestimmung kann sich der Kläger nicht berufen, wenn die Zuständigkeit infolge Klagänderung wegfällt, vgl. § 21 Nr. 3.

6. Übergangsfragen infolge der Prozeßnovelle 1909. **a**) Meyerowitz, Zwei Übergangsfragen aus der Justiznovelle vom 1. Juli 1909, JW. **10** 325. In den vor dem 1. April 1910 bei den Amtsgerichten anhängig gewordenen Sachen von 300—600 M. wird das Amtsgericht durch die Gesetzesänderung nachträglich zuständig. **b**) Kiefe, Übergangsfragen infolge der Prozeßnovelle vom 1. Juni 1909, JW. **10** 322. In den am 1. April 1910 bei den Amtsgerichten anhängigen Sachen von 300—600 M., für die zur Zeit der Rechtshängigkeit die Zuständigkeit somit nicht begründet war, wird der Mangel durch das neue Gesetz geheilt, allerdings nur dann, wenn der Mangel nicht schon in einer mündlichen Verhandlung vor dem 1. April gerügt war, im wesentlichen, da auch durch Nichtrüge der Mangel geheilt würde, also nur in den Fällen, in denen die erste mündliche Verhandlung unter neuem Rechte stattgefunden hat. **c**) PosMSchr. **10** 165 (Posen). Wenn die einen Streitgegenstand zwischen 300 und 600 M. betreffende Klage vor dem 1. April 1910 beim Landgricht eingereicht, aber erst nach dem 31. März 1910 zugestellt worden ist, so ist die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit begründet. Auch im vorliegenden Falle muß die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts in dem Zeitpunkte gegeben sein, in dem die Klage erhoben ist.

§ 264. 1. Einwilligung in die Klagänderung. SchlHolstAnz. **10** 12 (Kiel). Wenn die Parteien während schwebenden Rechtsstreits über den Klaganspruch sich außergerichtlich vergleichen, und der Kläger seinen Anspruch demnächst auf diesen Vergleich stützt, so ist der Beklagte zur Erhebung der Einrede der Klagänderung nicht befugt, weil aus dem Abschlusse des Vergleichs der übereinstimmende Wille der Parteien hervorgeht, daß an die Stelle des ursprünglichen Rechtsverhältnisses das durch den Vergleich geschaffene treten solle.

2. OLG. **20** 312 (Rostock). Es ist zu prüfen, ob nicht die in der Einführung eines neuen Klägers liegende Klagänderung deshalb zuzulassen ist, weil dadurch die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird.

3. **a**) BadRpr. **10** 26 (Karlsruhe). Keine unzulässige Klagänderung, wenn der Kläger die Gegendarstellung des Beklagten sich aneignet. **b**) Dagegen R. **10** Nr. 2026 (KG.). Ist die ursprüngliche Klage auf Grund der Gegendarstellung des Beklagten zur Abweisung reif, so ist eine der Gegendarstellung sich anpassende Begründung der Klage nicht zuzulassen. Die bei Gaupp-Stein Anm. II b zu § 264 vertretene Ansicht, daß eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten dann nicht vorliege, wenn der Kläger sich die von dem Beklagten gegebene Darstellung aneignet, kann nicht dahin führen, eine dieser Gegendarstellung sich anpassende Begründung der Klage auch dann zuzulassen, wenn die ursprüngliche Klage auf Grund der Gegendarstellung des Beklagten zur Abweisung reif ist, denn auf diese Weise würde der Beklagte einer günstigen

Verteidigungsposition beraubt, auf die vertrauend er sich vielleicht auf den Rechtsstreit eingelassen hat.

§ 265. Literatur: Schuman, Streitbefangenheit und Rechtsnachfolge als Voraussetzungen der §§ 265, 266 ZPO. Straßburg 1910.

1. *Schuman. Die Streitbefangenheit eines Anspruchs entsteht und endigt mit der Rechtshängigkeit desselben; sie tritt ein auch bei Einleitung des Mahnverfahrens und durch Anmeldung im Konkurse; jedoch nicht im schiedsrichterlichen Verfahren. Eine Sache ist streitbefangen, wenn der Anspruch des Klägers gegen diesen Beklagten nach Existenz und Dauer durch eine dingliche Rechtsbeziehung einer Partei zu der betreffenden Sache bedingt ist. Die Erbschaftsklage macht sowohl den Erbschaftsanspruch als auch die sämtlichen Einzelgegenstände des Nachlasses streitig. Bei Klage aus einer Vormerkung ist das Grundstück, auf dem die V. ruht, str., und zwar findet § 266 Anwendung. — Die §§ 265, 266 setzen Sondernachfolge in den str. Anspruch oder die str. Sache voraus. Im Falle bedingter oder befristeter Übertragung vollzieht sich die Rechtsnachfolge erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins. Erwerb einer Vormerkung ist keine (auch nur partielle) Rechtsnachfolge in das vorgemerkte Recht. Beim Erwerbe von einem Nichtberechtigten, bei Indossament und bei Enteignung liegt Rechtsnachfolge im Sinne der §§ 265 f. vor; ebenso bei Einräumung (nicht bei Zurückgabe) des Unterbesitzes an der streitbefangenen Sache. Die Schuldübernahme ist zwar an sich Rechtsnachfolge; § 265 ist hier jedoch unanwendbar.

2. Abs. 2. **RG. 72** 242, LeipzZ. **10** 220 Nr. 43 (im allgemeinen vgl. vor § 1 Allgem. Vorbem. A I S. 656). Die Bestimmung des § 265 Abs. 2 ist im patentrechtlichen Verfahren nicht anwendbar, weder hinsichtlich der materiellen Rechtslage, noch in ihrer prozessualen Beschränkung. Die Berücksichtigung des allgemeinen öffentlichen Interesses erfordert die Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, auch einer Veräußerung des Patentes und ihrer Rechtsfolgen, und die Entscheidung ist — insbesondere auch im Rücknahmeverfahren — grundsätzlich nach dem Zeitpunkte des Urteils zu treffen. Auch prozessual gilt die Besonderheit, daß Verteidiger des mit der Nichtigkeits- oder Verwirkungsklage angefochtenen Patents grundsätzlich derjenige ist, den die Patentrolle als Inhaber des Patents aufweist (§ 19 PatG.) und daß sich der Antrag nicht gegen eine vom Kläger zu bezeichnende Person, sondern gegen das Patent als solches richtet (§ 28). Die Umschreibung des Patents bewirkt daher einen notwendigen Wechsel in der Parteirolle des Nichtigkeits- und Verwirkungsverfahrens. Demnach ist der Rechtsnachfolger auch gegen den Widerspruch des Gegners berechtigt, den Prozeß als Hauptpartei zu übernehmen.

§ 268. Literatur: Hoeniger, Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen. ABürgR. **35** 267.

I. Klagänderung. 1. Änderung des Klagegrundes a) **RG.** SächsRpflA. **10** 564. Der Übergang von der Anfechtungsklage zur vertraglichen Gewährleistungsklage ist Klagänderung. Beide Klagen beruhen auf verschiedenen Klagegründen. b) **RG.** R. **10** Nr. 3790. Unzulässige Klagänderung liegt vor, wenn die in erster Instanz auf einen durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen, vom Beklagten nachträglich genehmigten Werkvertrag gestützte Klage in der Berufungsinstanz auf nützliche Geschäftsführung und einen unmittelbar zwischen den Prozeßparteien geschlossenen Werkvertrag begründet wird, auf Grund deren der Kläger nicht die in dem Klagantrag geforderten, sondern eine vom Gerichte zu schätzende angemessene Vergütung beansprucht. c) **RG.** BayRpflZ. **10** 196. Eine unzulässige Klagänderung liegt vor, wenn die zunächst auf schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht gestützte Klage später mit der Behauptung der Arg-

list begründet wird. **d)** **RG.** R. **10** Nr. 540. Die Behauptung arglistigen Handelns bei der Abtretung einer Hypothek stellt gegenüber einer angeblichen Arglist beim Abschlusse des Kausalgeschäfts eine Klagänderung dar. **e)** BreslauAK. **10** 33 (Breslau). Der Übergang von der dinglichen Klage zur persönlichen Klage auf Schadensersatz damit begründet, daß der Beklagte das Grundstück durch sein Verschulden entwertet, die Zwangsversteigerung absichtlich behufs Herbeiführung des Ausfalls der Hypothek herbeigeführt habe, enthält eine unzulässige Klagänderung. Der Klagegrund ist ein anderer geworden. Der Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke beruht auf der Tatsache der Eintragung der Hypothek. Die Tatsachen, die den Schadensersatzanspruch begründen sollen, haben in dem persönlichen Verhalten des Beklagten ihren Grund. **f)** OLG. **20** 16, R. **10** Nr. 539 (Frankfurt). Der Übergang von der Klage aus §§ 135, 136 zu der aus § 140 GewUVG. enthält Klagänderung.

2. Neuer Anspruch. **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 777 Nr. 41, R. **10** Nr. 3216. Im Übergange von der Löschungsklage wegen Verwechselungsfähigkeit des eingetragenen Warenzeichens zur Klage auf Unterlassung einer bestimmten Art des Gebrauchs des Warenzeichens liegt eine unstatthafte Klagänderung. Beide Ansprüche haben verschiedene Gegenstände. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 1276. Eine Klagänderung liegt vor, wenn zunächst auf Feststellung geklagt ist, daß auf Grund eines mit einer Stadt abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrags diese zur Erhebung von Anliegerbeiträgen gegen den Kläger nicht berechtigt sei, und statt dessen später die Rückerstattung der unter Vorbehalt gezahlten Beträge verlangt wird.

II. Keine Klagänderung. 1. Derselbe Klagegrund. **a)** **RG.** JW. **10** 621, R. **10** Nr. 2608. Keine Klagänderung, wenn der Gläubiger, der Ansprüche aus einem von ihm als Darlehen bezeichneten Rechtsgeschäft einklagt, später die Ansprüche aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft geltend macht, das unter der allgemein lautenden Bezeichnung „Darlehen“ sich verbirgt. **b)** SächsRpflA. **10** 520 (522) (Dresden). Im Falle des Überganges von der Löschungsklage zur sogenannten Abhängigkeitsklage (Feststellungsklage aus § 4 Abs. 2 GebrMustG.) liegt keine Klagänderung vor. Sowohl die Löschungs- als auch die Abhängigkeitsklage kann von demjenigen geltend gemacht werden, der sich in seinem ihm durch das Gesetz zuerkannten Schutzrechte durch die Eintragung eines gleichen Rechtes für einen anderen verletzt sieht. Beide Klagen ruhen in diesem Falle auf demselben Grunde, nämlich auf der vom Kläger behaupteten Unwirksamkeit des dem Beklagten infolge der Eintragung entstandenen ausschließlichen Rechtes gegenüber dem Kläger. Im Falle der Löschungsklage verlangt der Kläger wegen dieser Unwirksamkeit die Beseitigung des Schutzrechts des Beklagten überhaupt, im Falle der Abhängigkeitsklage dagegen nur die Feststellung der Unwirksamkeit ihm gegenüber. Es besteht also zwischen beiden Klagen nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied.

2. Derselbe Gegenstand: **RG.** **72** 354, JW. **10** 248 Nr. 42. Der Übergang von dem Verlangen, daß der Beklagte zur Stellung des Antrags auf Einleitung des Enteignungsverfahrens verurteilt werde, zu dem Antrage, den Beklagten unmittelbar zur Zahlung einer bestimmten Entschädigungssumme zu verurteilen, ist keine unzulässige Klagänderung. Nicht nur der Grund, sondern auch der Gegenstand der Klage sind der gleiche geblieben. Auch der erste Antrag zielte sachlich auf nichts anderes ab, als auf die Leistung einer nach dem Enteignungsgesetze zu bemessenden Entschädigung.

3. Insbesondere Ziff. 1. **RG.** JDR. **8** Nr. 2 **a** jetzt auch **RG.** **72** 143.

4. Insbesondere Ziff. 2. **a)** **RG.** R. **10** Nr. 2609. Der neugestellte Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit eines Vertrags eines Rechtsverhältnisses ist

zulässig, obwohl diese Nichtigkeit anfänglich nur zur Unterstützung eines anderen Antrags geltend gemacht war. Die Vorschrift ist nicht formalistisch, sondern im Sinne der Vermeidung unnötiger Prozesse auszulegen. Dies führt dazu, dem fraglichen Antrage die Bedeutung einer auf demselben Klagegrunde beruhenden Klagerweiterung beizulegen. **b)** **RG.** JW. **10** 391, GruchotsBeitr. **54** 1134, WarnE. **3** 173, PosMSchr. **10** 84, R. **10** Nr. 3217. Wenn an Stelle der ursprünglich begehrten Abtretung der Eigentümer später gemäß §§ 1143, 401 BGB. von dem Hypothekar das Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgenden Überganges der Hypothek verlangt, so liegt nur eine zulässige Beschränkung des ersten Antrags vor. Da sich die Verschiedenheit darauf beschränkt, daß an Stelle einer den Übergang der Hypothek bewirkenden, eine diesen Übergang feststellende Erklärung gefordert wird, so ist der Kern und eigentliche Gegenstand des Anspruchs nach wie vor die Hypothek selbst.

5. Insbesondere Ziff. 3. Der Übergang von der Erfüllungs- zur Schadensersatzklage nach § 326 BGB. Hoeniger, ABürgR. **35** 267, bekämpft **RG.** JDR. **8** Nr. 4 a, welches in diesem Übergang eine unzulässige Klagänderung erblickt. Bei ernstlicher Erfüllungsverweigerung des Beklagten und beim Wegfalle des Interesses des Klägers an der Erfüllung, führt die Tatsache des Überganges von der Erfüllungsklage zur Schadensersatzklage durch die ihr zukommende materielle Bedeutung zugleich diejenige Veränderung der Verhältnisse herbei, die das prozessuale Erfordernis des Überganges ist. Vgl. oben BGB. § 326 Nr. 10.

III. Wann ist die Stellung eines Eventualantrags Klagänderung? Reichel, BuschsZ. **40** 108. Die gleichzeitige Beifügung eines Eventualantrags ist nie Klagänderung. Die nachträgliche Stellung eines Eventualantrags ist nur dann keine Klagänderung, wenn der Eventualantrag gemäß § 268 Ziff. 3 auf das vorsorgliche Vorbringen einer inzwischen eingetretenen faktischen Veränderung gestützt wird, mit Rücksicht auf deren etwaiges Erwiesensein, statt des ursprünglich geforderten ein anderer Gegenstand oder das Interesse verlangt wird. Die Ausnahmefälle von § 268 Ziff. 1 u. 2 sind nie gegeben.

IV. Wegfall der Zuständigkeit bei Klagänderung s. § 21 Nr. 3, § 263 Nr. 5.

§ 270. 1. **RG.** V. SeuffA. **65** 376, R. **10** 1778. Gegen den erweiterten Klagantrag, mit dem neue Ansprüche geltend gemacht werden, ist in 2. Instanz, trotz Verneinung einer Klagänderung in 1. Instanz, die materiell-rechtliche Einrede der Verjährung zulässig.

2. **RG.** VI. JW. **10** 944, LeipzZ. **10** 930 Nr. 27, WarnE. **3** 415. Die Nichtanfechtbarkeit der Entscheidung, daß die Klage zuzulassen sei, gilt auch für den Fall, daß das Gericht angenommen hat, der Beklagte habe in die Änderung nach § 269 eingewilligt.

3. OLG. **20** 320 (Breslau). Hat das Landgericht den ersten Klagegrund für durchgreifend erachtet, aber nebenbei noch die Frage, ob in der Heranziehung des zweiten Klagegrundes eine Klagänderung liege, erörtert und verneint, so ist diese letztere „rein akademische" Erörterung keine Entscheidung im Sinne von § 270. Das LG. hatte rechtlich keine Möglichkeit, im Sinne von § 270 zu entscheiden.

4. OLG. **20** 313 (Hamburg). Entscheidet das Gericht, indem es das Klagerubrum ändert, daß in der Erstreckung der ursprünglich gegen A. erhobenen Klage auf B. eine zulässige Klagänderung liege und daß A. mit der Sache nichts mehr zu tun habe, so ist A. hierdurch beschwert, da eine Entscheidung über seine Anträge abgelehnt ist. § 270 trifft hinsichtlich des A. nicht zu.

§ 271. 1. Liegt Klagezurücknahme vor? **a)** **RG.** JW. **10** 827 Nr. 52. Im Nichtverlesen eines Teiles des schriftlichen Klage-

antrags ist eine Zurücknahme dieses Teiles nicht zu erblicken. Auch dieser Anspruch bleibt rechtshängig, wenn auch seine Weiterverfolgung zunächst nicht betrieben wird. **b**) HansGZ. **10** Beibl. 44, R. **10** Nr. 3551 (Hamburg). In der Erklärung des Klägers, die Hauptsache sei erledigt, liegt eine Klagezurücknahme dann, wenn die Erledigung auf dem eigenen Entschlusse des Klägers beruht und ohne Zutun des Beklagten erfolgt (z. B. ein Aktionär, der einen Generalversammlungsbeschluß anficht, verkauft seine Aktien). Beruht die Erledigung der Sache auf einem Umstand, auf den Kläger keinen Einfluß hatte (Untergang der Sache, Nichtigkeit eines Patents, Befriedigung durch den Schuldner), dann liegt keine Klagezurücknahme vor. **c**) OLG. **20** 315 (München). In der Erklärung des Klägers, daß er nicht mehr in der Lage sei, den Klaganspruch weiter zu verfolgen, und auch nicht mehr behaupte, daß dieser ihm zustehe, liegt eine Klagezurücknahme. Der Kläger kann sich auch nicht auf § 268 Abs. 3 berufen, weil er den Anspruch auf die Kosten, deren Ersatz er wegen behaupteten Verschuldens des Beklagten verlangen wollte, nicht ziffernmäßig geltend gemacht hat.

2. Vertrag (Vergleich) über die Klagerücknahme. OLG. **20** 315, SeuffA. **65** 209, DJZ. **10** 831 (Braunschweig). Kein Vertrag über die Klagerücknahme ist zustande gekommen, wenn der Anwalt des Klägers dem des Beklagten einen Rücknahmeschriftsatz mit dem Ersuchen zugeschickt hat, sein schriftliches Einverständnis darunter zu setzen und dann den Schriftsatz bei dem Prozeßgericht einzureichen, der Beklagte dann zwar seine Zustimmung auf den Schriftsatz gesetzt, aber dem Kläger mitgeteilt hat, daß er den Schriftsatz erst nach Erstattung der Kosten bei Gericht einreichen werde. Diese Mitteilung war nach § 150 BGB. ein neuer nicht angenommener Vertragsantrag. Vgl. hierzu Hellwig oben allg. Vorbem. A IV (Ziff. 2) S. 658.

3. Widerruf der Klagerücknahme. ElsLothJZ. **10** 423 (Colmar). Die Vereinbarung über den Widerruf der Klagerücknahme ist zulässig. Da der Beklagte trotz der Rücknahme Schriftsätze gewechselt und zur Sache verhandelt hat, hat er sich mit dem Widerrufe der Zurücknahme einverstanden erklärt.

4. Kostenpflicht und Kostenurteil (vgl. JDR. 8 Nr. 3 d). **a**) OLG. **20** 316 (Naumburg). Der Einwand des Klägers, die Kosten seien bereits bezahlt, wäre nur dann beachtlich, wenn ihre Höhe unstreitig wäre. Anderenfalls kann dem Beklagten nicht verwehrt werden, von der ihm im § 271 Abs. 3 eingeräumten Befugnis Gebrauch zu machen. Dies ist nicht schikanös. Der Prozeßrichter hat nicht zu prüfen, ob die Kosten, über deren Erstattung die Parteien streiten, entstanden sind und notwendig waren. Diese Frage weist das Gesetz ausschließlich dem Festsetzungsverfahren zu. Der gegenteiligen Ansicht (JDR. 8 Nr. 3 d) kann nicht beigetreten werden, weil das Gesetz die Entscheidung über die Kostenpflicht und Kostenhöhe zwei verschiedenen Verfahren zuweist. **b**) Kostenpflicht nach Erhebung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil (vgl. JDR. 8 Nr. 3g). LeipzZ. **10** 717, SächsRpflA. **10** 345 (LG. Leipzig). Wird die Klage nach Erhebung des Einspruchs zurückgenommen, so hat der Kläger alle Kosten zu tragen. § 344 findet keine Anwendung.

§ 274. 1. Klagebedingung. OLG. **20** 12 (Dresden). Die in den §§ 137 GewUVG., 148 LwUVG., 47 BauUVG., 135 SeeUVG. vorgeschriebene schriftliche Mitteilung des Ersatzanspruchs an den Ersatzpflichtigen durch den Vorstand und der Ablauf eines Monats ohne Anrufung der Genossenschaftsversammlung durch die Ersatzpflichtigen seit Zustellung der Mitteilung ist Bedingung der prozessualen Verfolgbarkeit des Regresses. Ob die Mitteilung eine Prozeßvoraussetzung genau im Sinne von § 274 ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Bedingung der Klagerhebung formeller, öffentlich-recht-

licher, vom Gerichte von Amts wegen zu beachtender Natur. Die unterlassene Mitteilung kann auch nicht während des Regreßprozesses nachgeholt werden.

2. Ziff. 2. **a)** BayObLG. JDR. 8 Nr. 3 c jetzt auch BayObLG. **10** 472, SeuffBl. **10** 148, BayRpflZ. **10** 41. **b)** OLG. Colmar JDR. 8 Nr. 3 d jetzt auch ElsLothJ. **10** 8.

3. Ziff. 3. **a)** Ungültigkeit der Schiedsvertragsklausel. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **10** 201, LeipzZ. **10** 624 Nr. 30, BankA. **9** 317, WarnE. **3** 309, R. **10** Nr. 2857. Zur Begründung der Anrufung des ordentlichen Gerichts genügt, daß die Ungültigkeit der Börsengeschäfte, deren lex contractus die Schiedsvertragsklausel geworden ist, und damit auch der letzteren behauptet wird. Die Entscheidung der Frage, ob ein gültiger oder ungültiger Schiedsvertrag vorliegt, kann nicht getrennt werden von der Frage, ob die Börsengeschäfte gültig oder ungültig sind. Die Behauptung der Ungültigkeit des Schiedsvertrags ist die Behauptung der die Klage begründenden Tatsachen (vgl. **RG. 29** 371). **b) RG.** JW. **10** 711, GruchotsBeitr. **54** 1138, WarnE. **3** 309, R. **10** Nr. 2610. Die Einrede aus dem Schiedsvertrag ist nur so lange eine prozeßhindernde Einrede, als ein formell gültiger Schiedsspruch nicht vorliegt. Ist letzteres der Fall, so ist nur noch die nicht prozeßhindernde Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegeben. **c)** GewuKfmG. **15** 422 (KG.). Für die Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Ausschlusses aus der Tarifgemeinschaft der Buchdrucker ist das Satzungsschiedsgericht nicht zuständig. Die Voraussetzungen hierfür liegen nicht vor, da es sich weder um Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnisse (zwischen Arbeitgeber und -nehmer) noch um einen Streit über Tarifauslegung handelt (425). **d)** Rügerecht s. u. zu § 295 Nr. 2 **e)** HansGZ. **10** Hauptbl. 161 (Hamburg). Gültige Vereinbarung der Schiedsgerichtsklausel durch Bezugnahme des Kaufvertrags auf Originalbedingungen der Ablader einer bestimmten Marke, welche bestimmen, daß Streitigkeiten durch Arbitrage zu entscheiden sind. **f)** OLG. Stuttgart JDR. 8 Nr. 4 c jetzt auch WürttJ. **22** 296.

§ 275. Abs. 2. 1. **RG.** II. **73** 162, JW. **10** 479 Nr. 22, LeipzZ. **10** 465 Nr. 23, R. **10** Nr. 1615. Wird gegenüber einem auf mehrere Klagegründe gestützten Anspruche die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts allgemein erhoben, so ist das Urteil, welches die Einrede zu einem Teile der Klagegründe verwirft, zu einem Teile für begründet erachtet, ein Zwischenurteil nach § 303. Es handelt sich, soweit die Einrede für begründet erachtet worden ist, nicht um eine Klagabweisung, sondern um die Entscheidung über einen einzelnen Klagegrund. Berufung hiergegen ist unzulässig. Den entgegengesetzten in Sachen II. 363/09 im Urt. v. 5. November 1909 vertretenen Standpunkt hält der Senat nicht aufrecht.

2. **RG.** WarnE. **3** 367, R. **10** Nr. 3219. Wenn über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs durch ein rechtskräftig gewordenes Zwischenurteil der ersten Instanz entschieden ist, so steht der Einrede die Einrede der Rechtskraft entgegen. Die auf **RG. 40** 268 gestützte Meinung, daß trotzdem neu darauf einzugehen sei, weil es sich um einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstand handle, der in jeder Instanz selbständig zu prüfen sei, ist irrig.

§ 276. Literatur: v. Seuffert, Die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht, BuschsZ. **40** 182 ff.

v. Seuffert. Der Kläger muß in seinem Verweisungsantrage das Amtsgericht bezeichnen, an das der Rechtsstreit verwiesen werden soll, wenn für die Klage bei mehreren Amtsgerichten des Landgerichtsbezirkes ein Gerichtsstand besteht. Verweisung an ein Sondergericht ist unzulässig. Beim Mangel einer anderen Prozeßvoraussetzung als der der sachlichen Zuständigkeit ist die Klage ohne Verweisung des Rechtsstreits durch Prozeßurteil abzuweisen. Die Verweisung ist durch Entscheidung in Urteilsform auszusprechen; der Kläger hat die Kosten des bisherigen Verfahrens

zu tragen; die Kosten sind nicht als Teil der Kosten zu behandeln, die im Verfahren vor dem Amtsgericht erwachsen, an das der Rechtsstreit verwiesen ist. Das Urteil ist durch Berufung und Revision anfechtbar; Antrag auf Ergänzung des Urteils durch Hinzufügung der Verweisung ist unzulässig. Bei der Verweisung des Rechtsstreits hört die Rechtshängigkeit auch bis zum Eintritte der Rechtskraft des Verweisungsurteils nicht auf; die mit der Erhebung der Klage bei dem Landgericht eingetretenen prozeßrechtlichen und materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit dauern fort. Ohne Antrag einer Partei kann das Amtsgericht trotz der Vorschrift des § 497 Abs. 1 Satz 2 den Termin nicht bestimmen. Für die Verhandlung vor dem Amtsgericht und für die Entscheidung des Prozesses durch das Amtsgericht bleiben die im Verfahren vor dem Landgericht erfolgten prozessualischen Handlungen der Parteien, die in diesem Verfahren eingetretene Ausschließung von Parteihandlungen, die Beweisaufnahme und die Entscheidungen des Landgerichts wirksam (vgl. auch unten § 505 Nr. 1. u. 2 und §§ 506, 508).

§ 279. **RG.** JW. **10** 713 Nr. 21, WarnE. **3** 267, R. **10** Nr. 2626. Ein Vorbringen im ersten Verhandlungstermine der Berufungsinstanz kann nicht nachträglich sein. Was in der Berufungsinstanz als nachträglich vorgebracht anzusehen ist, entscheidet sich nach dem Zeitpunkte des Vorbringens in dieser Instanz. Gegen Mißbrauch schützen nur §§ 97 Abs. 2 ZPO. und 48 GKG.

§ 282. Literatur: du Chesne, Das Beweislastproblem, SeuffBl. **10** 595, 624. — Hedemann, Wohin lenken wir das Beweislastproblem? BayRpflZ. **10** 25.

1. du Chesne, SeuffBl. **10** 595, 624 erörtert das Beweislastproblem für Leistungs- und Feststellungsklagen, ausgehend von der Art des jeweils geschützten Interesses.

2. Hedemann, BayRpflZ. **10** 25, kennzeichnet die in der Literatur und auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts immer mehr zum Durchbruch kommende Tendenz, die Beweislast nicht nach starren Regeln, sondern unter Würdigung der konkreten Umstände zu verteilen.

3. Über die Beweislast bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung von Rechtsmitteln (vgl. BGB. § 611 Nr. IV 2 f).

§ 286. Literatur: Isay, Die Mitteilung geheimer Akten an die Prozeßgerichte durch das Patentamt, LeipzZ. **10** 721.

1. Welche Tatsachen darf das Gericht berücksichtigen? **a)** **RG.** R. **10** Nr. 2612. Zum Nachteil einer Partei dürfen Tatsachen, die von der anderen Partei vorgebracht sind, nicht berücksichtigt werden. **b)** **RG.** JW. **10** 103, GruchotsBeitr. **54** 668. Das Gericht darf Tatsachen, die nicht im Rahmen des Parteivorbringens liegen, nicht berücksichtigen. Etwas anderes ist die Berücksichtigung gewisser sich aus dem Parteivorbringen ergebender tatsächlicher Gesichtspunkte oder Schlußfolgerungen bei der streitigen Auslegung von Urkunden oder bei der Feststellung der streitigen Höhe eines Schadens. **c)** **RG.** JW. **10** 827 Nr. 53. Wenn der Anwalt des Klägers erklärt, es sei ihm aufgefallen, daß der Kläger von einem Preise von 1,50 M. pro Kubikmeter spreche, während in dem schriftlichen Vertrage nur von 1 M. die Rede sei, und für den Fall, daß es hierauf ankommen sollte, um einen neuen Termin bittet, so darf das Gericht nicht aus eigenen Erwägungen die Verschiedenheit der Preisangaben zu erklären versuchen, sondern muß die Sache vertagen. **d)** Isay, LeipzZ. **10** 721. Unzulässig ist die Mitteilung geheimer Akten, d. h. von solchen Akten über eine Patentanmeldung, die nicht zur Erteilung geführt hat, und die deshalb vom Patentamte nicht ohne Einwilligung des Anmelders zur Kenntnis dritter Personen gebracht werden dürfen, an die Prozeßgerichte durch das Patentamt ohne Einwilligung des Anmelders. Denn häufig werden in solchem Falle die Akten vom Gerichte gelesen,

können aber mangels Einwilligung des Anmelders den Parteien nicht mitgeteilt werden. Nicht zu verhindern ist dann, daß die Gerichte die aus den Akten geschöpfte Kenntnis des technischen Materials trotzdem für die Entscheidung verwerten, ohne daß die Parteien eine unrichtige Auffassung verhindern können. Die Gerichte dürfen demnach dem Antrag einer Partei, Akten einer zurückgewiesenen Patentanmeldung einzufordern, erst dann stattgeben, wenn die Partei die Einwilligung des Anmelders beibringt; das Patentamt muß ein derartiges Ersuchen eines Gerichts ablehnen, bis ihm diese Einwilligung nachgewiesen ist.

2. Auslegungspflicht. **RG.** SeuffA. **66** 5, SächsRpflA. **10** 517. Ungerechtfertigt ist die Ablehnung des Gerichts, eine Entscheidung darüber zu fällen, wie die fragliche Urkunde auszulegen sei, weil sowohl gegen die eine als die andere Art der Auslegung Bedenken geltend zu machen seien. Der Pflicht zur Auslegung ist der Richter nur dann überhoben, wenn die Auslegung unmöglich ist, wenn insbesondere der Inhalt der Urkunde ein so widerspruchsvoller oder so widersinniger ist, daß daraus nicht festgestellt werden kann, was die Parteien gewollt haben.

3. Begründungspflicht. **RG.** WarnE. **3** 450 Nr. 431. Ungenügende Begründung des Vorderurteils ist nur gemäß § 286, nicht gemäß § 551 Ziff. 7 (s. dort Nr. 3) zu rügen.

4. Zulässige Ablehnung von Beweisanträgen. **a) RG.** JDR. **8** Nr. 2 a α jetzt auch SächsRpflA. **10** 69. **b) RG.** R. **10** Nr. 1779. Von der Vernehmung eines Zeugen kann abgesehen werden, wenn bestimmte Tatsachen bestehen, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugen — dieser war des Diebstahls, über den er bekunden sollte, selbst verdächtig — unter allen Umständen ausschließen. **c) RG.** LeipzZ. **10** 686 Nr. 22. Zulässig ist die Ablehnung der Zeugenvernehmung, da das Berufungsgericht mit eingehender Begründung darlegt, daß, auch wenn der Zeuge vollständig im Sinne des Klägers aussagen würde, dadurch bei der Lage der Sache, insbesondere mit Rücksicht auf die gesamte unstreitige Korrespondenz der Parteien, die Überzeugung des Gerichts in keiner Weise abgeschwächt werden konnte. **d)** BayObLG. **10** 485. Ist die Aussage eines Zeugen, dessen Beeidigung im ersten Rechtszuge mit Unrecht unterlassen wurde, für die Entscheidung ohne Belang, so kann das Berufungsgericht ohne Gesetzesverletzung von der nachträglichen Beeidigung des Zeugen absehen.

5. Unzulässige Beweisablehnung, **a)** weil sie den erstrebten Erfolg wahrscheinlich nicht haben wird: **RG.** JW. **10** 337, WarnE. **3** 175, DJZ. **10** 537, **b)** oder weil das Gegenteil bereits feststeht: **RG.** JW. **10** 339 Nr. 22. Nur wenn besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, daß die Beweiserhebung irgend etwas für die Bildung der Überzeugung des Gerichts Sachdienliches nicht erbringen kann, verstößt die Ablehnung eines angebotenen Zeugenbeweises nicht gegen den Grundsatz, daß die Entscheidung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung zu treffen ist. **c) RG.** JW. **10** 827 Nr. 54, LeipzZ. **10** 774 Nr. 30. Unzulässig ist die Ablehnung der Vernehmung des Zeugen Ha. aus folgenden Gründen: Der Zeuge He. habe bereits die Frage verneinend beantwortet; würde auch Ha. die Frage bejahen, so stände seinem Zeugnisse das des He. als jedenfalls gleichwertig gegenüber. Zu einer solchen Würdigung des Wertes der beantragten Zeugenvernehmung ist das Gericht erst nach erfolgter Vernehmung des Ha. in der Lage.

§ 287. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 217 Nr. 27. Für die freie Würdigung nach § 287 ist die Beweispflicht nicht ausschlaggebend.

2. **RG.** JW. **10** 827, WarnE. **3** 357, R. **10** Nr. 3036. § 287 ist auch in den Fällen der §§ 613, 652 und 430 HGB. anwendbar.

3. **RG.** JW. **10** 292 Nr. 28, legt dar, wie ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags über ein mit einem Destillationsgeschäfte verbundenes Grundstück zu berechnen bzw. zu schätzen ist.

§ 288. **RG.** R. **10** Nr. 2615. Zum gerichtlichen Geständnisse genügt jede Erklärung, die ein unzweideutiges Zugeben der Wahrheit der behaupteten Tatsachen enthält.

§ 291. 1. **RG.** JW. **10** 712, GruchotsBeitr. **54** 1141, LeipzZ. **10** 686 Nr. 23, WarnE. **3** 310, R. **10** Nr. 3037. Unter „Tatsachen", die offenkundig sein können, sind nicht nur konkrete nach Zeit und Raum bestimmte Geschehnisse und Zustände der Außenwelt, sondern auch allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheiten zu verstehen (z. B. die Wirkung einer Differentialbremse). Vgl. jedoch Nr. 2.

2. **RG.** JW. **10** 712, GruchotsBeitr. **54** 1141, LeipzZ. **10** 686 Nr. 23, WarnE. **3** 310, R. **10** Nr. 3037, DJZ. **10** 882. Da das BerG. keine näheren tatsächlichen Angaben macht, worauf die angenommene Gerichtskunde (über die Wirkung einer Differentialbremse) beruht, ist eine Nachprüfung, ob bei der Feststellung der Gerichtskunde nicht ein Rechtsirrtum vorgekommen ist, nicht möglich. Es fehlt daher an der genügenden Begründung.

§ 292. **RG.** JW. **10** 103, GruchotsBeitr. **54** 668. Gegen die durch die Todeserklärung begründete Vermutung, daß der Verschollene zu dem im Urteile bestimmten Zeitpunkte verstorben sei, ist der Gegenbeweis zulässig. Die Widerlegung der Vermutung hat aber nur Geltung für den Prozeß, in dem der Gegenbeweis geführt wird; die Vermutung selbst kann nur durch die Anfechtungsklage beseitigt werden, vgl. R. **01** 261 Nr. 917 (BayObLG.).

§ 293. **RG.** JW. **10** 152, R. **10** Nr. 542. Zu dem Zwecke der Feststellung von Gewohnheitsrecht (Observanz) ist es zulässig, den Magistrat einer Stadt um Auskunft zu ersuchen und die Aussagen von Personen zu verwerten, die in einem anderen Prozeß als Zeugen vernommen worden sind.

§ 295. 1. § 295 bezieht sich nicht nur auf die Form einer Prozeßhandlung. **RG.** JW. **10** 828 Nr. 56, WarnE. **3** 367, R. **10** Nr. 3041. § 295 bezieht sich auf alle prozeßrechtlichen Normen, welche die prozeßleitende Tätigkeit des Gerichts, die Tätigkeit der sonstigen bei dem Gange des Prozesses mitwirkenden Amtspersonen und die prozeßführende Tätigkeit der Parteien regeln. Wenn die Verletzung einer die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift besonders hervorgehoben ist, so sind damit anderweite prozessuale Verstöße, namentlich Nichtbeachtung der für eine Parteihandlung vorgeschriebenen Zeit oder Frist von der Berücksichtigung bei Anwendung des § 295 keineswegs ausgeschlossen.

2. **RG.** JW. **10** 828 Nr. 56, WarnE. **3** 367. Auf die Beobachtung der Vorschrift des § 274 Abs. 1 Ziff. 3 kann wirksam verzichtet werden. Die Rüge des nachträglichen Vorbringens muß daher in der nächsten mündlichen Verhandlung vorgebracht werden.

3. **RG.** JW. **10** 759 Nr. 28, WarnE. **3** 369, R. **10** Nr. 3046. Verzichtbar ist das Rügerecht betreffend den Mangel eines Antrags im Falle von § 356, s. dort.

4. **RG.** WarnE. **3** 370, R. **10** Nr. 3040. Verlust der Rüge, daß der Termin zur Beweisaufnahme nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sei (§ 357), wenn der Beklagte im Beweistermine nach beendigter Vernehmung erscheint und erklärt, warum er erst jetzt erscheine, dann aber in der späteren mündlichen Verhandlung die Rüge nicht vorgetragen hat. Jene Erklärung im Beweistermine stellt sich höchstens als Vorbehalt einer demnächst zu erhebenden Rüge dar.

5. HansGZ. **10** Beibl. 95 (Hamburg). Kein Verlust des Rügerechts in bezug auf die formellen Mängel einer Nebenintervention (§ 71), wenn der Gegner aus dem Schriftsatze nicht erkennen konnte, ob es sich um eine Nebenintervention oder um einen Eintritt gemäß § 75 handelt.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: Aus der Judikatur zu § 304 ist auf zwei besonders lehrreiche und interessante Entscheidungen des **RG.** hinzuweisen (zu § 304 Nr. I 2 und VI): beide erklären die Vorabentscheidung für unzulässig, jene, weil es sich bei der Gläubigeranfechtung um einen Individualanspruch handelt, diese, weil nicht ersichtlich ist, welcher Teil des Anspruchs abgewiesen und über welchen dem Grunde nach erkannt ist. — Die Rechtskraftentwickelung gegenüber dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandelt ausführlich Kuttner (§ 322 Nr. II 10). — Unter dem Titel „Ausbeutung der Rechtskraft" treten wiederum die beiden gegensätzlichen Auffassungen hervor (§ 322 Nr. III); für die einen ist die Rechtskraft ein unüberwindliches Hindernis, ihr Wortführer ist Hellwig; die anderen suchen aus praktischen Gründen zu helfen, mehr oder weniger im Anschluß an das **RG.** Die Versuche Wiensteins und Dalbergs dürften jedoch kaum Beifall finden, vgl. die Bemerkungen dort (§ 322 Nr. III 2 u. 5). — Die Vorarbeiten zur Reform der Vollstreckungsrechtshilfe sind wenigstens für Deutschland und Österreich so weit gediehen, daß einem Vertrage zwischen beiden Staaten keine erheblichen Schwierigkeiten mehr entgegenstehen dürften, vgl. hierüber § 328 Nr. 4 b—g. Das Buch von Haeger (§ 328 Nr. 4 a) enthält vor allem wertvolles Material.

§ 300. 1. Auslegung des Tenors aus den Urteilsgründen. **RG.** VII. JW. **10** 943 Nr. 22, SächsRpflA. **10** 516, LeipzZ. **10** 930 Nr. 29. Da die ZPO. den Gebrauch bestimmter Worte, mit denen die getroffene Entscheidung in der Urteilsformel zum Ausdrucke gebracht werden müßte, nicht vorschreibt, ist es als ausreichend anzusehen, daß der Wille des Richters, die Klage abzuweisen, irgendwie in der Urteilsformel erkennbar gemacht wird, selbst wenn es zur Klarlegung des Gewollten der Heranziehung der in der Urteilsbegründung sich findenden Ausführungen bedürfen sollte. Es genügt, wenn das Gericht in den Entscheidungsgründen seinen Willen, den Klaganspruch im vollen Umfang abzuweisen, unzweideutig ausgesprochen und diesem Willen auch in der Urteilsformel selbst dadurch Ausdruck verliehen hat, daß es das früher erlassene, den Beklagten verurteilende Versäumnisurteil ohne jede Einschränkung gemäß § 343 aufhob und die Kosten gemäß § 344 dem Kläger auferlegte.

2. Widerspruch zwischen Tenor und Gründen s. § 99 Nr. II 1c.

§ 301. 1. **a)** **RG.** JW. **10** 945 Nr. 26. Entscheidungsreife zum Erlaß eines Teilurteils liegt nur vor, wenn ein einzelner selbständiger Anspruch oder von einem einheitlichen Anspruch ein ziffermäßig bestimmter Teilbetrag mit der Wirkung zuerkannt oder aberkannt werden kann, daß diese Entscheidung von dem weiteren Verlaufe des Streitverfahrens, welches auch dessen Rechtsschicksale sein mögen, unter keinen Umständen mehr berührt wird. An dieser Voraussetzung fehlt es vorliegend, einmal, weil überhaupt kein Anspruch mit bestimmter Bezifferung erhoben, sodann, weil es nicht ausgeschlossen ist, daß die Klägerin dasjenige, was sie an Schadensersatz verlangt, für denjenigen Zeitraum, bezüglich dessen die Verjährungseinrede nicht begründet ist, zugesprochen erhält, also trotz teilweisen Unterliegens in bezug auf jene einzelne Einrede dennoch schließlich voll obsiegt. **b)** Ebenso **RG.** WarnE. **3** 310. **c)** **RG. 73** 82 (87). Unzulässiges Teilurteil, weil nicht über verschiedene selbständige Ansprüche entschieden ist.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3042. Ist neben dem Leistungsanspruch ein Feststellungsanspruch erhoben, so ist über den letzteren ein Teilurteil möglich, wenn er in seiner Bedeutung sich nicht mit dem anderen Anspruche deckt. Vorliegend handelt es sich um zwei selbständige und ihrem Wesen nach voneinander verschiedene Ansprüche. Das Feststellungsbegehren bildet keineswegs einen bloßen Faktor für den auf Leistung gerichteten Anspruch. In seiner Bedeutung bleibt es

einerseits hinter dem zweiten Klagantrage zurück, sofern es nicht auf eine Realleistung gerichtet ist, geht aber andererseits über den zweiten Klagantrag hinaus, insofern es die Grundlage für rechtliche Beziehungen der Parteien auch für eine spätere Zeit außer Zweifel gestellt wissen will. Der Fall R. **10** Nr. 954 lag anders.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2225. Ist auf Wandelung eines Grundstücksverkaufs, sowie auf Rückgewähr der geleisteten Teilzahlung und Löschung einer bewilligten Hypothekeneintragung geklagt, so ist ein Teilurteil auf Einwilligung in die Wandelung zulässig, wenn der Wandelungsanspruch als selbständiger Anspruch mit dem Zwecke der Auflösung des Kaufvertrags und nicht lediglich als Grund für die aus der Auflösung sich ergebenden Zahlungs- und Löschungsansprüche geltend gemacht ist.

4. Ist ein Vorbehaltsteilurteil möglich? S. § 302 Nr. 4.

5. Unzulässiges Teilurteil im Eheprozesse s. vor § 606 Nr. 4.

§ 302. Literatur: Meyer, Zu §§ 301, 302, R. **10** 809. — Schleyer, Läßt § 301 ein Vorbehaltsteilurteil zu? R. **10** 563. — Warschauer, Zu §§ 301, 302, R. **10** 700.

1. Aufrechnung. **RG.** R. **10** Nr. 2616. Die Aufrechnung im Prozeß erfordert zwar nicht den Gebrauch dieses Wortes, aber doch eine sonstige unzweideutige Erklärung. Die Beklagten führen aus, wie sich die Lage gestaltet haben würde, wenn aufgerechnet würde. In dieser hypothetischen Betrachtung liegt keine Erklärung, daß aufgerechnet werde.

2. Rechtlicher Zusammenhang. OLG. **20** 317, HansGZ. **10** Beibl. 274 (Hamburg). Hat der Kläger durch Arglist die Beklagte verleitet, die Errichtung einer Filiale zu übernehmen und sich so auf den Vertrag überhaupt oder doch wenigstens auf spezielle Verpflichtung einzulassen und ist durch die Ausführung dieser vertraglichen Verpflichtung der Beklagten ein Schaden erwachsen, dann hängt dieser Schaden mit der aus dem Vertrage herrührenden Kaufpreisforderung derartig zusammen, daß die durch Vertrag und Arglist geschaffenen Rechtsbeziehungen der Parteien zueinander als Ausflüsse desselben Rechtsverhältnisses aufgefaßt werden können.

3. Anfechtung des Vorbehaltsurteils. a) OLG. **20** 318 (KG.). Das Vorbehaltsurteil kann wohl mit der Begründung angefochten werden, daß die Anordnung der Trennung unzulässig sei, nicht aber deswegen, weil sie nicht zweckmäßig oder angemessen gewesen sei. Auch stellt die Trennung, wenn man die Zweckmäßigkeit verneint, keinen Verstoß gegen prozeßrechtliche Vorschriften, mithin keinen wesentlichen Verfahrensmangel nach § 539 dar. b) Dagegen ElsLothJZ. **10** 418 (Colmar). Die Frage der Zweckmäßigkeit des Vorbehaltsurteils kann in der Berufungsinstanz nachgeprüft werden.

4. Ist ein Vorbehaltsteilurteil möglich? a) Schleyer, R. **10** 563, kommt auf seine JDR. 8 Nr. 3 gegebene Anregung zurück, § 302 auch dann anzuwenden, wenn der Beklagte seine Gegenforderung sowohl zur Aufrechnung wie zur Widerklage verwendet. Im Gegensatze zu Grünebaum (ebenda) hält er aber ein Vorbehaltsteilurteil nicht für zulässig, weil die Klage mit Rücksicht auf die Aufrechnung nicht zur Endentscheidung reif sei. b) Warschauer, R. **10** 700. Wenn die Voraussetzungen eines Teilurteils nach § 301 vorliegen (z. B. ein Teil der Klageforderung ist spruchreif) und der Beklagte eine mit der Klageforderung rechtlich nicht zusammenhängende Gegenforderung in Höhe des ganzen Klaganspruchs zur Aufrechnung stellt, so ist ein Vorbehaltsteilurteil zu erlassen. c) Meyer, R. **10** 809, schließt sich Warschauer an und hält ebenfalls nur ein Vorbehaltsteilurteil für zulässig. Meyer bespricht das weitere Verfahren im einzelnen, dessen Gestaltung zum Teil davon abhängt, ob man hinsichtlich der Gegenforderung der Ansicht des **RG.** oder Stölzels folgt.

§ 303. 1. **RG.** JDR. **8** Nr. 1 jetzt auch **RG. 72** 220.

2. **RG.** WarnE. **3** 470. Ein nicht selbständig anfechtbares Zwischenurteil liegt vor, wenn der Anspruch, auf den es sich bezieht, den Schaden betrifft, der dem Kläger angeblich aus den von ihm als unzulässig bekämpften Immissionen erwachsen ist und wenn die Entscheidung nur besagt, daß der Schadensersatzanspruch nicht auf den Schaden gegründet werden könne, den die Zuführungen in bestimmten Richtungen (Schädigung der Gesundheit, Beschädigung der Häuser, Beeinträchtigung des Gedeihens der Bäume usw.) angerichtet haben. Hiermit ist dem Kläger nicht ein Teil der geltend gemachten Ansprüche aberkannt, sondern es sind nur einige vom Kläger zur Begründung der Ansprüche und der Höhe geltend gemachte Umstände als zu solcher Begründung ungeeignet ausgeräumt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß dem Kläger trotzdem die Ansprüche in der vollen berechneten Höhe zugesprochen werden.

3. OLG. **20** 316, SächsOLG. **31** 333, SeuffA. **65** 210 (Dresden). Ein Zwischenurteil ist die Entscheidung des LG., daß der auf die Vertragsverletzungen dreier Personen gestützte Klaganspruch in betreff zweier unbegründet sei, während die Frage weiterer Erörterung und Entscheidung vorbehalten wird, ob der nämliche Anspruch etwa durch Vertragsverletzungen des Dritten gerechtfertigt werde. Dies ist kein Teilurteil, denn quantitativ hat sich nicht das Geringste geändert; nach wie vor ist darüber zu befinden, ob der Kläger zur Forderung des eingeklagten Betrags befugt sei oder nicht.

4. § 303 oder § 304? a) Entscheidung über einen unselbständigen Teil des Klagantrags. **RG.** JDR. **8** Nr. 4 jetzt auch **RG. 72** 220. b) Vgl. auch unten § 304 Nr. VII.

§ 304. I. Streit nach Grund und Betrag. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2031. Auch bei Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in gewisse Vermögensstücke wegen einer Schuld der Ehefrau kann vorab über den Grund des Anspruchs entschieden werden; auch in dieser Beziehung sind Grund und Betrag des Anspruchs, nämlich ob der Ehemann die Zwangsvollstreckung zu dulden hat und zu welchem Betrage, streitig.

2. Gläubigeranfechtung. **RG. 73** 426, JW. **10** 712, R. **10** Nr. 2431. Unzulässig ist ein Zwischenurteil, wenn mit der Anfechtungsklage gemäß §§ 7 und 9 AnfG. die Rückgewähr bestimmter konkreter Sachen verlangt wird (der die Unwirksamkeit des Kaufvertrags betreffende Teil des Klagantrags hat keine selbständige Bedeutung). Denn es wird damit ein Individualanspruch geltend gemacht, so daß von einem streitigen „Betrage" nicht die Rede sein kann. Die — unter den Parteien allerdings ebenfalls streitige — Kaufpreisforderung ist nicht identisch mit dem Klaganspruch und kommt nur insofern in Betracht, als sie ihn begrenzt und einschränkt.

3. Klage aus § 30 EnteignungsG. **RG. 74** 287, JW. **10** 1007 Nr. 22, R. **10** Nr. 3981. Nur der Betrag ist streitig, wenn auf Grund der unstreitigen Entschädigungspflicht, welche dem Beklagten als dem mit dem Enteignungsrecht ausgestatteten Unternehmer durch die Entziehung klägerischen Eigentums erwachsen ist, der Kläger Entschädigung für die seinem Restbesitz erwachsenen Wirtschaftsersparnisse und den dadurch herbeigeführten Minderwert verlangt. Da die Enteignungsentschädigung rechtlich eine einheitliche ist, so bilden die einzelnen Posten nur Faktoren für die Berechnung der Gesamtentschädigung.

II. Reife zur Vorabentscheidung. 1. Schadensersatzklagen. a) **RG.** R. **10** Nr. 2618. Das Zwischenurteil erfordert nicht, daß der dem Grunde nach angenommene Schaden nach allen Richtungen endgültig seiner Existenz nach geprüft worden sei; es genügt, wenn mit Sicherheit feststeht, daß dem Kläger ein Schaden überhaupt ent-

standen, also auch ein Schadensersatzanspruch erwachsen ist und daß mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß der Schaden auch in den Richtungen besteht, in denen er geltend gemacht ist. **b)** **RG.** JW. **10** 757 Nr. 22. Wenn nach der Sachlage kein Streit darüber herrscht, daß ein Schaden entstanden ist, so bedarf es einer ausdrücklichen Feststellung nach dieser Richtung nicht. **c)** WürttJ. **22** 280 (Stuttgart). Wird nicht ein einheitlicher, die Gleichartigkeit sämtlicher Ursachen voraussetzender Schaden, sondern eine Reihe verschiedener Schäden behauptet und wird demgemäß die verlangte Summe nicht als ein einheitlicher Schadensbetrag, sondern als die Gesamtsumme der Beträge der einzelnen Schäden gefordert, so ist der allgemeine Ausspruch, daß der Schadensersatzanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt sei, unzulässig. Hierzu hätte festgestellt werden müssen, daß in jedem einzelnen Punkte ein vom Beklagten verschuldeter und vom Kläger nicht mitverschuldeter Schaden vorliege, bezüglich deren jeweils nur noch der ziffermäßige Betrag streitig sei. Die bloße Annahme, daß in irgendeiner der mehreren Beziehungen ein Schaden entstanden sei, reicht zur Begründung des Anspruchs in der bezeichneten Allgemeinheit nicht hin.

2. Aufrechnung. **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 774 Nr. 32, R. **10** Nr. 3375, WarnE. **3** 368. Selbständige Schadensersatzansprüche, die aus schuldhafter Vertragsverletzung hergeleitet und im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden, gehören zum Grunde des Anspruchs und nicht in das Verfahren über den Betrag. Sind sie nicht rechtzeitig vorgebracht, so müssen sie in einem besonderen Prozesse geltend gemacht werden. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 3978. Eine Gegenforderung betrifft nicht nur den Betrag, sondern auch den Grund des Klaganspruchs. Ein Zwischenurteil über den Grund einer einwandsweise geltend gemachten Gegenforderung ist nicht zulässig.

3. **RG.** LeipzZ. **10** 74 Nr. 10. Die §§ 273, 274 BGB. stehen der Erlassung eines Zwischenurteils nicht im Wege. § 274 ist erst beim Endurteile zu berücksichtigen.

4. Zurückbehaltungsrecht. **RG.** JDR. 8 Nr. 2 f jetzt auch SeuffA. **65** 118.

5. **RG.** JW. **10** 240, WarnE. **3** 176. Die Frage der Anwendbarkeit des § 819 BGB. gehört zur erschöpfenden Feststellung des Grundes des Anspruchs (denn im Falle von § 818 Abs. 3 ist der Bereicherungsanspruch nur dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen von § 819 vorliegen).

6. **RG.** R. **10** Nr. 1781. Zum Verfahren über den Grund eines Schadensanspruchs gehört auch die Entscheidung über den Einwand des Beklagten, seine Schadenshaftung sei vertraglich auf einen bestimmten Höchstbetrag beschränkt. Der Einwand enthält eine prinzipielle Bestreitung des Klaganspruchs, soweit er über 10 000 M. hinausgeht, unabhängig von der Höhe des entstandenen Schadens. Er betrifft somit den rechtlichen Bestand desselben.

7. SchlHolstAnz. **10** 255 (Kiel). Sind Waren zu bestimmten Preisen verkauft und wird ein Teil der Waren mit Recht beanstandet, so kann, wenn Streit darüber besteht, wieviel Ware beanstandet ist, nicht durch Zwischenurteil der Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises für die beanstandete Ware dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden. Die Frage, wieviel Ware beanstandet ist, gehört zur Begründung des Anspruchs.

8. SeuffA. **65** 340, OLG. **21** 85 (Cassel). Eine getrennte Entscheidung über Grund und Betrag ist nicht möglich, wenn der Betrag des Anspruchs festgestellt werden muß, damit über den Grund entschieden werden kann, wie bei der Frage, ob ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und insoweit eine Schenkung anzunehmen ist.

III. Insbesondere der Einwand des mitwirkenden Verschuldens. a) **RG.** JW. **10** 482, GruchotsBeitr. **54** 1143, PosMSchr. **10** 46, R. **10** Nr. 1782. Die Frage des mitwirkenden Verschuldens kann dem Nachverfahren vorbehalten bleiben, da von ihr nicht nur der Grund des Anspruchs, sondern auch die Höhe des Schadens abhängt. Auf diese Weise wird auch eine wiederholte Vernehmung der Ärzte vermieden. b) **RG.** JW. **10** 632 Nr. 39, R. **10** Nr. 2226. Hat das über den Grund des Anspruchs erkennende Urteil die Frage des Verschuldens des Beschädigten dem Verfahren über den Betrag ausdrücklich vorbehalten oder ergibt die Auslegung der Urteilsgründe, daß ein solcher Vorbehalt gewollt ist, und ist dieses Urteil rechtskräftig geworden, so ist die Frage des mitwirkenden Verschuldens ausnahmsweise im Nachverfahren zu erörtern. c) **RG.** JW. **10** 1006, WarnE. **3** 499. Die Frage nach dem mitwirkenden Verschulden des Klägers darf lediglich dann ausnahmsweise im Nachverfahren erörtert werden, wenn das Gericht die Entscheidung dieser Frage (zu Unrecht) dem Nachverfahren vorbehalten hat, sei es ausdrücklich, sei es, daß sich dies aus den zur Auslegung mitheranzuziehenden Entscheidungsgründen ergibt. Dieser Fall liegt jedoch nicht vor, wenn das Gericht nur für einen Teil des Klaganspruchs den Einwand des konkurrierenden Verschuldens dem Nachverfahren vorbehalten hat und dieser Teil im Nachverfahren gar nicht mehr geltend gemacht wird. Der Beklagte ist dann nicht berechtigt, andere Gründe für ein eigenes Verschulden des Klägers geltend zu machen. d) R. **10** Nr. 1278 (Colmar). Ausnahmsweise kann der Beklagte, auch nachdem er rechtskräftig zum Schadensersatze dem Grunde nach verurteilt worden ist, im Nachverfahren über die Höhe des Anspruchs dem Kläger dessen mitwirkendes Verschulden entgegenhalten (§ 254 BGB.), z. B. dann, wenn der Ersatzberechtigte durch ein nach Erlaß der Vorabentscheidung begangenes schuldhaftes Verhalten den Schaden vergrößert hat oder wenn er den Umfang des Schadens hätte mindern sollen.

IV. Das Nachverfahren. 1. Umfang der Rechtskraft des Grundurteils. a) S. § 322 Nr. II2**e**. b) **RG.** R. **10** Nr. 3979. Ist im Urteil über den Anspruchsgrund bereits der späteste Beginn des eingeklagten Verzugsschadens festgestellt, so kann nach Rechtskraft dieses Urteils hiervon im Nachverfahren nicht mehr zuungunsten des Geschädigten abgewichen werden.

2. Unzulässige Einwendungen. a) **RG.** R. **10** Nr. 3376. Der Einwand arglistiger Erschleichung des Zwischenurteils kann im Nachverfahren nicht erhoben werden. b) **RG.** LeipzZ. **10** 774 Nr. 32, WarnE. **3** 368, R. **10** Nr. 3375. Durch die unbeschränkte Feststellung des Anspruchs dem Grunde nach wird die nachträgliche Erhebung von Gegenansprüchen, die lediglich auf mangelhafte Vertragserfüllung gestützt werden, ein für allemal ausgeschlossen. Denn die Frage, ob ein Erfüllungsmangel vorliegt, ob und welcher Schaden dadurch entstanden ist und in welcher Höhe dadurch der Anspruch entfällt, berührt die rechtliche Qualität des Anspruchs ebenso, wie wenn geltend gemacht wird, daß er durch den Mangel gänzlich ausgeschlossen wird.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3045. Trotz rechtskräftiger Feststellung des Klaganspruchs dem Grunde nach ist im Verfahren über den Betrag der Einwand zulässig, daß über die Höhe der dem Kläger zustehenden Rente bzw. über den Grad seiner Erwerbsunfähigkeit, wonach die Rente zu bemessen sei, ein Schiedsgericht zu entscheiden habe.

4. **RG.** WarnE. **3** 268, R. **10** Nr. 2387. Möglich ist, daß eine im Verfahren über den Grund rechtskräftig zuerkannte Schadensersatzforderung (Anspruch auf Schmerzensgeld) im Nachverfahren abgewiesen wird, wenn sich in diesem Verfahren ergibt, daß die erlittenen Schmerzen gänzlich unbedeutend gewesen sind.

V. **RG.** JW. **10** 1007 Nr. 21, LeipzZ. **10** 930 Nr. 28. Eine Verbindung von Teil- und Zwischenurteil ist zulässig.

VI. Unzulässige Verbindung von Teilabweisung und Vorabentscheidung. **RG.** JW. **10** 757 Nr. 21. Unzulässig ist ein Urteil, welches nicht ersehen läßt, welcher Teil des Anspruchs abgewiesen ist und über welchen dem Grunde nach entschieden ist. Wenn der Kläger 12 000 M. Schadensersatz für die Zeit vom 1. März 1906 ab fordert und der Schaden abgewiesen wird, der nicht in der Zeit vom 1. April bis zum 12. Juni 1906 erwachsen ist, dagegen der in dieser Zeit entstandene Schaden dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird, so ist nicht klar, womit der Kläger abgewiesen ist. Denn er könnte nachweisen, daß der in der Zeit vom 1. April bis 12. Juni 1906 erwachsene Schaden den Betrag von 12 000 M. erreicht. Solange diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, weil die Klage nicht in bestimmter Höhe abgewiesen ist, ist nur ein Zwischenurteil aus § 303 auf Abweisung zulässig.

VII. **RG.** BayRpflZ. **10** 57. Die sich ausdrücklich als Zwischenurteil gemäß § 303 bezeichnende Entscheidung: „Soweit dem Kläger ein Schaden aus dem Unfalle vom . . . entstanden ist oder entsteht, sind die Beklagten als Gesamtschuldner ersatzpflichtig" ist nicht selbständig anfechtbar. Ob die Entscheidung den Voraussetzungen von § 303 entspricht, ist für diese Frage gleichgültig. Selbständig anfechtbar ist die Entscheidung nur, wenn sie nach § 304 über den Grund des Anspruchs entscheidet. Da dies nicht der Fall ist, sondern die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, mit Bewußtsein einem späteren Urteile vorbehalten ist, ist das Urteil selbständig nicht anfechtbar.

VIII. Abs. 2. OLG. **20** 319 (KG.). Eine Anordnung gemäß § 304 Abs. 2 ist nicht möglich, wenn nach Abweisung der Klage erst das Berufungsgericht den Grund des Anspruchs feststellt.

§ 305. Kostenpflicht des Nachlaßverwalters trotz § 2014 BGB., wenn er es zur Klage kommen läßt, s. § 93 Nr. 3a.

§ 308. SchlHolstAnz. **10** 57 (Kiel). Durch unbeschränktes Anerkenntnis des Klaganspruchs begibt sich der Beklagte der Möglichkeit, in dem weiteren Verfahren über die Kosten seine Passivlegitimation zu bestreiten.

§ 309. **RG.** R. **10** Nr. 3982. Wird ein von denjenigen Richtern, welche der demselben zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung beigewohnt haben, gefälltes und unterschriebenes Urteil nicht ordnungsmäßig nach §§ 310, 311 verkündet, und infolgedessen die gegen dasselbe eingelegte Berufung als unzulässig verworfen, weil das Urteil noch gar nicht erlassen sei, da zur Erlassung des Urteils sowohl die Beschließung als auch die Verkündung gehören, so ist es zulässig, in der Weise zu verfahren, daß die eine Partei die andere zur mündlichen Verhandlung vor diejenige Kammer, vor welcher die frühere mündliche Verhandlung stattgefunden hatte, lädt über den Antrag, das Urteil zu verkünden. Diese Kammer kann dann, gleichviel in welcher Besetzung, insbesondere ohne daß einer der früheren Richter mitzuwirken braucht und ohne sich auf eine erneute Verhandlung zur Sache einzulassen, rechtswirksam lediglich das Urteil verkünden. Der § 310 enthält eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung eine Nichtigkeit des Urteils nicht zur Folge hat.

§ 313. Literatur: Cohn, Das abgekürzte Urteil (§ 313 Abs. 3 ZPO.), DJZ. **10** 531. — Engels, DJZ. **10** 646.

1. Abs. 1 Ziff. 1. **RG.** JW. **10** 828. Die Bezeichnung des Beklagten in der Überschrift, die bisher immer „die Firma J. L., Inhaber der Kaufmann J. L." gelautet hatte, war wegen ihrer Sinnlosigkeit dahin zu berichtigen: „Kaufmann J. L.".

2. Abs. 1 Ziff. 3. a) **RG.** R. **10** Nr. 2227. Daß beigeschaffte Akten den Gegenstand der Verhandlung gebildet haben, genügt als Feststellung des Verhand-

lungsinhalts nicht. Diese Fassung läßt zweifelhaft, was vorgetragen ist. **b**) Aufhebung eines Urteils wegen eines prozeßordnungswidrigen Tatbestandes, durch welchen der materielle Inhalt des Urteils beeinflußt ist, **RG.** JW. **10** 583 Nr. 19.

3. Abs. 3. Das abgekürzte Urteil. **a**) Levin, DJZ. **10** 392 (397 Nr. 7). Die Bezugnahme auf die Klageschrift in der Urteilsformel ist nur statthaft, wenn völlig nach dem Klagantrag erkannt ist. Die abgekürzte Herstellung des Urteils selbst setzt nur voraus, daß nach dem Antrage des Klägers in der mündlichen Verhandlung erkannt ist, ist also bei Beschränkungen des Antrags zulässig. **b**) Cohn, DJZ. **10** 531. Das abgekürzte Urteil ist auch in den Fällen zulässig, in denen der Kläger in der mündlichen Verhandlung den Zinssatz oder die Klageforderung selbst ermäßigt. **c**) Ebenso Engels, DJZ. **10** 646, unter Mitteilung von Stempelmustern.

§ 315. Literatur: Gumbinner, Unterschrift von Urteilen in Zivilsachen durch Richter, die nicht mitgewirkt haben, DJZ. **10** 1019. — Jacobson, DJZ. **10** 1459.

1. Unterschrift durch Richter, die nicht mitgewirkt haben. **a**) Gumbinner, DJZ. **10** 1019. 1. Wenn infolge Irrtums des Urteilsfassers ein Richter im Urteil aufgeführt wird, der nicht mitgewirkt hat, und dieser Richter unterschrieben hat, so liegt kein Mangel des Verfahrens nach § 539, sondern lediglich eine nach § 319 zu berichtigende Unrichtigkeit vor. 2. Wenn ein Richter unterschrieben hat, der nicht mitgewirkt hat und auch im Urteile nicht bezeichnet ist, so liegt ebenfalls kein Verfahrensmangel nach § 539 vor. Es liegt überhaupt noch kein Urteil vor, die Einlegung eines Rechtsmittels ist unzulässig (**RG. 29** 366). **b**) Hierzu Jacobson, DJZ. **10** 1459. 1. In dem Falle 2 ist Gumbinner beizupflichten. 2. In dem Falle 1 stellt sich dagegen das Urteil äußerlich als vollständig dar. Die Berichtigung nach § 319 ist zwar zulässig, aber das Urteil kann auch rechtswirksam zugestellt werden, die Einlegung des Rechtsmittels und die Zurückverweisung gemäß § 539 ist zulässig. § 539 bezieht sich auch auf Mängel des Urteilsverfahrens.

2. OLG. **21** 81, ElsLothJZ. **10** 630 (Colmar). Ein nur von zwei Richtern unterschriebenes Urteil ist nichtig. Die Unterschreibung des dem Urteil angeschlossenen Berichtigungsbeschlusses durch alle drei Richter bewirkt keine Heilung, da der Beschluß und das Urteil kein einheitliches Ganze bilden, der Beschluß vielmehr auf das Urteil Bezug nimmt, daher selbst dessen Gültigkeit zur Voraussetzung hat. Da eine Heilung auch durch nachträgliche Unterschrift mit rückwirkender Kraft nicht möglich ist, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Das Urteil konnte bisher nicht wirksam zugestellt werden, die Frist für die Berufungseinlegung hat also noch nicht begonnen.

§ 317. Abs. 4. Langenbach, Die Zwangsvollstreckung aus den abgekürzten Urteilen des § 313 Abs. 3 ZPO., JW. **10** 274. Zur Zwangsvollstreckung genügt nicht die Zustellung einer bloßen Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Urteilsvermerkes; jedem Beklagten ist die Klageschrift nebst sämtlichen Anlagen zweimal zuzustellen, einmal bei Zustellung der Klage nebst Terminsbestimmung und das zweite Mal bei Vornahme der Zwangsvollstreckung. Wegen der sich sonach ergebenden großen Belastung des Anwalts mit kostspieligem Schreibwerk empfiehlt Langenbach, insbesondere, wenn mehr als ein Beklagter in Frage kommt, die im § 317 Abs. 4 erwähnte zweite Art der Urteilsausfertigung, bei welcher der Gerichtsschreiber den vom Richter verfaßten Urteilsvermerk durch die Angaben des § 313 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 ergänzt.

§ 319. Literatur: Düringer, Falsche Urteile und Rechtskraft, DJZ. **10** 38.

1. Düringer, DJZ. **10** 38. Eine versehentlich in die Urteilsformel des Berufungsgerichts gekommene Entscheidung kann nie die Rechtskraft beschreiten,

denn sie unterliegt jederzeit der Berichtigung. Die Befugnis, welche § 319 ZPO. dem Gerichte verleiht, ist in einem solchen Falle zugleich seine Pflicht. Die Berichtigung kann auch jederzeit, auch in der Vollstreckungsinstanz, von dem Beklagten beantragt werden; denn aus dem Zusammenhalte der Gründe mit der Urteilsformel ergibt sich das von dem Gerichte Gewollte, das nur infolge eines Verfahrens keinen Ausdruck im Tenor gefunden hat. Würde dem Antrage des Beklagten infolge einer zu engen Auslegung des § 319 ZPO. nicht entsprochen, so bliebe ihm immer noch die Klage nach § 767 ZPO., weil der Grund, auf welchen er seine Einwendung stützt — Verkündung einer dem Willen des Gerichts nicht entsprechenden Urteilsformel —, erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden ist.

2. R. **10** Nr. 748 (Colmar). Wenn gemäß dem Klagantrag ein Versäumnisurteil gegen die beklagte Firma erlassen worden ist, so kann nicht aus dem Grunde, weil sich herausgestellt habe, daß diese Firma eine offene Handelsgesellschaft sei und daß sie nach Eintritt der Rechtshängigkeit erloschen sei, und weil der Kläger die erwirkte Verurteilung gegen die Teilhaber jener Gesellschaft vollstrecken wolle, eine nachträgliche Änderung des Urteils dahin verlangt werden, daß die Bezeichnung der Firma als Beklagte ersetzt werde durch die Bezeichnung der (namhaft gemachten) Gesellschafter als Beklagte.

3. Über Berichtigung, wenn das Urteil von Richtern unterschrieben ist, die nicht mitgewirkt haben, s. § 315 Nr. 1.

4. Über Berichtigung von Protokollen s. § 160 Nr. 2.

§ 320. Sermond, R. **10** 173 ff. Als „beauftragter Richter" ist ein Mitglied der zur ordnungsmäßigen Entscheidung der streitigen Prozeßsache berufenen Zivilkammer zu bestellen. Die Heranziehung eines an der Entscheidung nicht beteiligten Mitglieds des Gerichts zu Beweisaufnahmen ist unzulässig.

§ 322. Literatur: Dalberg, Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten, BuschsZ. **40** 5. — Hellwig, Rechtskraft und Einrede der Arglist, R. **10** 713. — Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, 1908. — Josef, Die Erschleichung der öffentlichen Zustellung und die Abwesenheitspflegschaft, BadRpr. **10** 58. — Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke II 161, Breslau 1910. — Wienstein, Betrachtungen über Rechtsschutzanspruch und Urteil, R. **10** 681.

I. Wesen der Rechtskraft. Vgl. auch § 325. 1. Hellwig, R. **10** 713, setzt seine Auffassung vom Wesen der Rechtskraft auseinander: Das Urteil erzeugt keine neuen privaten Rechte; Rechtskraft bedeutet Bindung an die Entscheidung, Unbestreitbarkeit.

2. *Kuttner. Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft sind weder privatrechtlicher, noch prozeßrechtlicher, sondern staatsrechtlicher Natur.

3. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 182 ff. Ob man in der Rechtskraft eine Beziehung zwischen den Parteien untereinander oder eine Beziehung zwischen den Parteien und dem Staate erblicken will, hängt davon ab, ob man privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich denkt; falsch ist keine der beiden Betrachtungsweisen, solange man zwei Seiten ein und desselben Objekts im Auge hat. Bedenklich ist nur die Annahme Hellwigs, das Urteil könne nach Eintritt der Rechtskraft mit dem materiellen Rechtsverhältnisse divergieren.

II. Bedeutung und Grenzen der Rechtskraft. 1. Feststellungsurteile. **a) RG.** JW. **10** 824 Nr. 47. Feststellungsurteile schaffen auch Rechtskraft, soweit in ihnen bloße für das Bestehen von Ansprüchen erhebliche „Vorfragen" richterlich zur Entscheidung gebracht werden. **b) RG. 74** 121, JW. **10** 710 Nr. 16. Die rechtskräftige Feststellung, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers durch den Unfall um die Hälfte vermindert ist, bezieht sich nur auf die Zeit des Urteils und nimmt dem Beklagten in einem späteren, auf Leistung ge-

richteten Prozesse nicht das Recht, Tatsachen vorzubringen, die die getroffene Feststellung als nicht mehr zutreffend erscheinen lassen. Im Wege des § 323 kann dies nicht geschehen, da diese Vorschrift sich nur auf künftig fällig werdende Leistungen bezieht und auf Feststellungsklagen nicht anwendbar ist.

2. Negative Feststellungsklage. a) **RG. 74** 121, JW. **10** 710 Nr. 16, R. **10** Nr. 2430. Wird auf die negative Feststellungsklage dahin erkannt, daß dem Verletzten ein höherer Rentenanspruch als auf der Grundlage der zu $1/2$ geminderten Erwerbsfähigkeit nicht zusteht, die Klage im übrigen abgewiesen, so ist damit zugleich positiv festgestellt, daß dem Verletzten ein Rentenanspruch, gegründet auf die Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit um $1/2$, rechtlich zusteht. **b) RG.** WarnE. **3** 434. Beizutreten ist der herrschend gewordenen Ansicht, daß eine die negative Feststellungsklage aus sachlichen Gründen abweisende Entscheidung zugleich die Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses enthält. **c) RG.** LeipzZ. **10** 624 Nr. 29, WarnE. **3** 267. Im Falle der Abweisung der negativen Feststellungsklage aus sachlichen Gründen stehen dem Schuldner nur solche Einwendungen zu, die auf Grund späterer rechtserheblicher Tatsachen dartun sollen, daß der von dem rechtskräftigen Urteil anerkannte Anspruch ganz oder zum Teil untergegangen sei und darum jetzt nicht mehr oder nicht mehr ganz bestehe. **d) RG.** JDR. **8** Nr. 3 e β jetzt auch BayRpflZ. **10** 15. e) Urteil über den Grund des Anspruchs nach § 303. OLG. **21** 80 (KG.). Wenn bei einer auf Zahlung eines Teilbetrags gerichteten Schadensersatzklage und bei einer negativen Feststellungswiderklage in bezug auf den ganzen Schadensersatzanspruch der Grund des Anspruchs rechtskräftig festgestellt ist, so ist hierdurch der Grund des Anspruchs in voller Höhe festgestellt worden. Denn durch die Widerklage ist der ganze Ersatzanspruch in den Prozeß hineingezogen worden, und zwar nicht bloß für, sondern auch gegen den Widerkläger.

3. **RG.** JW. **10** 190. Die rechtskräftige Feststellung, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht mehr zu Recht bestehe, bedeutet lediglich, daß die vom Kläger in Anspruch genommene Berechtigung, für die Zukunft an den Vertrag nicht mehr gebunden zu sein, zur gerichtlichen Anerkennung gebracht worden ist (ein für die Zukunft wirkender Rücktritt vom Vertrage). Sie steht daher einem Schadensersatzanspruche, soweit er sich auf vertragswidriges Verhalten während des rechtlichen Bestandes des Vertrags stützt, nicht entgegen.

4. **RG.** JW. **10** 393, WarnE. **3** 176, R. **10** Nr. 1617. Wird gemäß §§ 284, 286 BGB. Erstattung des Schadens geltend gemacht, der durch Verzug bei Erfüllung des unter den Parteien rechtskräftig festgestellten Anspruchs entstanden ist, so kann letzterer nicht mehr in Frage gestellt werden (vgl. **RG. 49** 33, **50** 416).

5. **RG. 73** 213 (219). Die Einrede der Rechtskraft findet einem nachträglich auf denselben Rechtsgrund gestützten weiteren Anspruche gegenüber nicht schon deshalb statt, weil dieser im Vorprozesse noch nicht zuerkannt ist, sondern nur dann, wenn er in demselben geltend gemacht war, aber vom Gericht abgesprochen worden ist.

6. **RG.** JW. **10** 1001 Nr. 8, ZBlFG. **11** 436, WarnE. **3** 501, R. **10** Nr. 3983. Bei Inkassozession hat das zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner ergangene Urteil Rechtskraftwirkung auch im Verhältnisse zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner. Wie dies bereits das **RG. 52** 216 zugunsten des Schuldners ausgesprochen hat, so gilt es auch zugunsten des Inkassozessionars. Dies beruht auf der Fortdauer der wahren Gläubigereigenschaft des Inkassozedenten. (Ist also über die Einreden aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnisse rechtskräftig durch Urteil zwischen dem Schuldner und dem Zedenten entschieden, so steht auch dem Zessionar der Gegeneinwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zur Seite.)

7. SächsRpflA. **10** 94 (LG. Plauen). Eine nachträgliche Mitschuldigerklärung des anderen Ehegatten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ist ausgeschlossen.

8. HansGZ. **10** Beibl. 196 (Hamburg). Es gibt keine Klage auf Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils aus dem Gesichtspunkte, daß dem Urteile Genüge geschehen sei. Zum Schutze des Schuldners dienen die §§ 757, 733 ZPO. Erkennt der Beklagte jedoch den Anspruch auf Herausgabe des Titels gegen Zahlung der Schuld an, so ist er demgemäß zu verurteilen.

9. BuschsZ. **40** 111 (Cassel). Beschlüsse im Zwangsvollstreckungsverfahren, welche den Antrag des Gläubigers zurückweisen, haben keine materielle Rechtskraft. Die Wiederholung des Antrags ist zulässig; ob der Antrag in derselben Weise erhoben wird oder in verbesserter Gestalt, macht keinen Unterschied.

10. Rechtskraftwirkung gegenüber dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere im Erbscheinsverfahren. *Kuttner 179 ff. Die Konstitutivwirkungen der Gestaltungsurteile sind auch bei Erteilung eines Erbscheins oder Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit maßgebend; er darf die Richtigkeit des Urteils nicht nachprüfen. Das gilt nicht nur für die unter Herrschaft der Untersuchungsmaxime erlassenen Gestaltungsurteile (Scheidungsurteil, Nichtigkeitserklärung der Ehe, Unehelichkeitserklärung eines Kindes), sondern auch für die unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ergangenen Gestaltungsurteile (Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft [BGB. §§ 1468, 1469, 1549] oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft [BGB. § 1495] und Erbunwürdigkeitsklage [BGB. § 2342]). (186 ff.) In gleicher Weise ist der Nachlaßrichter im Erbscheinverfahren an privatrechtliche Nebenwirkungen der Urteile gebunden, z. B. bei der Frage, ob der Erblasser zur Scheidungsklage „berechtigt" war (BGB. §§ 1933, 2077, 2268, 2279) an die Wirkungen einer früheren Abweisung einer Scheidungs- oder Anfechtungsklage (ZPO. § 616); ebenso bei der Frage der Wirksamkeit einer Eheanfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (BGB. §§ 1342, 1338). Unter demselben Gesichtspunkt ist der Nachlaßrichter an die privatrechtliche Nebenwirkung der rechtskräftigen Abweisung der Illegitimitätsklage gebunden, wonach mit dieser Abweisung auch jeder Dritte aller Einwendungen gegen die Ehelichkeit des Kindes verlustig geht (BGB. § 1593), ausgenommen in Preußen die Lehens- und Fideikommißanwärter. — Urteile mit Rechtskraftwirkung für und gegen alle (z. B. Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ehe (ZPO. § 629), des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses (ZPO. § 643), sind auch für den Nachlaßrichter bindend, weil er sonst die Wirkung für und gegen alle zerstören würde (197 ff.). — Urteile mit gewöhnlicher Rechtskraftwirkung unter den Parteien entfalten gegenüber dem Nachlaßrichter in demselben Umfange wie gegenüber einem späteren Prozeßrichter ihre bindende Kraft (201 ff.). Die Maßgeblichkeit der Entscheidung des Prozeßgerichts für das Nachlaßgericht ist zu entnehmen aus § 1965 Abs. 2 BGB. (Feststellung des fiskalischen Erbrechts) und aus § 2362 BGB. (Klage auf Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht). Sie ergibt sich daraus, daß die Wirkungen des Erbscheins (Vermutung und öffentlicher Glauben) im Falle der „Unrichtigkeit" des Erbscheins (BGB. § 2366 aE.) versagen und daß die Entscheidung über die Unrichtigkeit des Erbscheins dem Prozeßgerichte zusteht. Die Entscheidung eines Staatsorgans, welches die Existenz des Rechtes selbst in autoritativer Weise festzustellen hat, muß in einem Rechtsstaat auch für diejenigen Staatsorgane bindende Kraft haben, die lediglich befähigt sind, eine nur vorläufige und jederzeit widerlegbare Bescheinigung zu erteilen und einen bloßen Rechtsschein zur Publizität zu bringen. — Andererseits ist der

Nachlaßrichter an die Rechtskraft eines Urteils dann nicht gebunden, wenn auch ein Prozeßrichter nicht gebunden sein würde, z. B. wenn an dem Erbscheinverfahren solche Personen beteiligt sind, denen gegenüber die materielle Rechtskraft nicht wirkt, oder wenn nachträglich ein anders verfügendes Testament aufgefunden wird oder wenn das Urteil arglistig erschlichen ist (näheres 222—231).

III. „Ausbeutung der Rechtskraft". Einrede der Arglist. — Über die Lüge im Prozesse s. allgemeine Vorbemerkung A V S. 659. 1. Hellwig, R. **10** 713. Gegenüber dem rechtskräftigen Urteil ist der Rechtsbehelf aus § 826 BGB., wie ihn das RG. zuläßt, nicht zulässig. Dies folgt aus dem Wesen der Rechtskraft, welche die Unbestreitbarkeit der richterlichen Feststellung bedeutet. Der einzige Weg ist die Restitutionsklage nach der Bestimmung des § 580, die allerdings de lege ferenda verbessert werden muß. Die Versuche von Wendt, Geib und Dalberg, mit § 826 in anderer Weise zu helfen, sind ebenfalls nicht zu billigen.

2. Wienstein, R. **10** 681. Ausgehend von dem Satze: ohne Rechtsstreit kein Urteil, will Wienstein in den Fällen doloser Ausbeutung der Verfahrensvorschriften (**RG. 61** 359) und des Scheinprozesses (**RG. 36** 251, **46** 336) mit der Feststellung helfen, daß in Wahrheit kein Rechtsstreit entschieden und das Urteil eine leere Form geblieben sei. Auch in den zuerst genannten Fällen sei in Wahrheit kein Rechtsstreit entschieden worden, sondern es sei in doloser Weise vom Kläger verhindert worden, daß über einen solchen verhandelt werden konnte. § 579 Nr. 4 treffe nicht zu. — Diese rechtliche Auffassung könne in jeder Lage, wo sie erheblich werde, mit Erfolg geltend gemacht werden. — ➸ Wienstein verkennt m. E., daß der in den Formen des Prozesses durchgeführte Rechtsstreit als solcher nicht fortgedacht werden kann. Insoweit ist Hellwig durchaus beizutreten, welcher in „Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft" (oben allgem. Vorbemerkung A IV S. 657/8) ausführt, daß im Gegensatz zum Zivilrechte man im Prozesse nie sagen kann: **nihil actum est.** Red. ⇷

3. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 187—201. Der Unterlegene darf nicht mit der Behauptung gehört werden, der Gegner habe ihm durch die Erschleichung des Urteils oder durch die Geltendmachung des erschlichenen Urteils einen Vermögensschaden bereitet; nur die arglistige Herbeiführung der Rechtskraft durch eine nach der Urteilsfällung begangene unerlaubte Handlung berechtigt zur Schadensersatzklage. Sonach ist den Entsch. **RG. 39** 142 ff. und **61** 359 ff. im Ergebnisse beizupflichten, nicht aber der Entsch. **RG. 46** 75 ff.

4. Josef, BadRpr. **10** 58, bespricht einige Fälle der Ausbeutung der Rechtskraft und bekämpft insbesondere **RG. JW. 05** 234; mit Hellwig hält er die Nichtanwendung des § 826 BGB. auf diesen Fall für unberechtigt.

5. Dalberg, BuschsZ. **40** 5 ff. Die bisherigen Versuche des RG. und der Literatur, dem durch ein doloses rechtskräftiges Urteil Geschädigten zu helfen, versagen, da sie nur unter Verletzung der Rechtskraft möglich sind. Wird aber die a. doli (§ 826 BGB.) so gefaßt, daß schon das infolge eines Prozeßdelikts ergangene Urteil einen Schaden für den unterliegenden Teil bedeutet, ohne Rücksicht und ohne Prüfung der Frage, ob das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht, so steht die exc. rei judicatae nicht entgegen. Der Geschädigte kann gemäß § 249 BGB. verlangen, daß der Gegner nicht nur auf die Geltendmachung des Urteils, sondern auf das Urteil selbst, auf seine Rechtskraft und Vollstreckbarkeit verzichte. Die Schuldfrage wird nicht entschieden, sondern offengelassen und die endgültige Regelung einem neuen Prozeß überlassen. ➸ Der Ausweg aus dem Dilemma, den Dalberg hier vorschlägt, muß m. E. daran scheitern, daß der Begriff des Schadens verkannt ist. Ein doloses Urteil bedeutet für den Unterliegenden nur dann einen

Schaden, wenn er zu Unrecht verurteilt ist. Diese Behauptung gehört daher notwendig zur Substantiierung der Klage aus § 826. Dem Einwande der Rechtskraft ist auf diese Weise nicht zu entgehen. Red. ←

6. FrankfRundsch. **44** 168 (Frankfurt). Die auf unerlaubte Handlung gestützte Klage ist nur dann substantiiert, wenn der Beklagte sowohl bei Zustellung der Klage, wie des Urteils in doloser Weise vorgegangen sein soll.

§ 323. 1. **RG. 74** 131, JW. **10** 828, R. **10** Nr. 2861. Der Grundsatz von der Einheitlichkeit der gemäß §§ 3 a, 7 HaftpflG. oder §§ 843, 844 BGB. als Ersatz für den gesamten Schaden zuzuerkennenden Rente, wonach die einzelnen Posten keine selbständige Bedeutung haben, gilt auch bei den Klagen aus § 323. Es kann daher nicht auf Herabsetzung bloß eines der Posten geklagt werden.

2. Nachweis der Änderung. **RG.** SeuffA. **65** 151, SeuffBl. **10** 387, EisenbE. **26** 383 (s. bereits kurz JDR. **8** Nr. 4). Der Unterhaltspflichtige, welcher den Wegfall der an die Witwe des von ihm Getöteten verlangt, weil diese sich wieder verheiratet hat, muß nachweisen, daß sich hierdurch die Verhältnisse der Witwe auch tatsächlich so wesentlich geändert haben, daß sie durch den Tod des früheren Ehemanns nicht mehr geschädigt ist. Ausreichend ist der Nachweis, daß die Witwe tatsächlich von ihrem jetzigen Ehemanne ganz in gleicher Weise ihren Unterhalt findet, als sie ihn vor dem Unfalle von dem Verstorbenen in dessen Haushalt erhalten hat.

3. OLG. **20** 320 (Breslau). Es steht nichts im Wege, durch einstweilige Verfügungen die Beschränkung oder Einstellung der Vollstreckung des früheren Urteils anzuordnen.

4. **RG. 74** 121, JW. **10** 710 Nr. 16, R. **10** Nr. 2432. Die rechtskräftige Feststellung, daß die Erwerbsfähigkeit des Klägers durch den Unfall um die Hälfte vermindert ist, bezieht sich nur auf die Zeit des Urteils und nimmt dem Beklagten in einem späteren, auf Leistung gerichteten Prozesse nicht das Recht, Tatsachen vorzubringen, die die getroffene Feststellung als nicht mehr zutreffend erscheinen lassen. Im Wege des § 323 kann dies nicht geschehen, da diese Vorschrift sich nur auf künftig fällig werdende Leistungen bezieht und auf Feststellungsklagen nicht anwendbar ist.

5. **RG.** JDR. **8** Nr. **3** jetzt auch SeuffBl. **10** 356, BayRpflZ. **10** 39.

6. Abs. 2. OLG. **21** 82, SchlHolstAnz. **10** 60 (Kiel). Waren die Tatsachen, auf welche der Kläger die Klage auf Erhöhung der Rente stützt, schon bereits bei der Schlußverhandlung des Vorprozesses vorhanden, so kann die Klage auf § 323 selbst dann nicht gestützt werden, wenn die Tatsachen der Partei nicht bekannt waren. Dies ist der Fall, wenn das Gericht bereits im Vorprozesse bei Zuerkennung der Rente auf Grund der damals schon vorliegenden Gutachten in der Lage war, zu erkennen, daß in Anbetracht der sicher eintretenden Verschlimmerung des Nabelbruchs mit einem gänzlichen Wegfalle der Erwerbsfähigkeit in bestimmter und nach Erfordern eines Ergänzungsgutachtens auch zweifellos in genau bestimmbarer Zeit zu rechnen war.

§ 325. Literatur: Mendelssohn Bartholdy, Zur Lehre von der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft, DJZ. **10** 189.

1. Subjektive Beschränkung der Rechtskraft. Mendelssohn Bartholdy, DJZ. **10** 189, knüpft an **RG.** JDR. **8** Nr. 1 an, wo die Streitfrage nicht richtig wiedergegeben sei. Mendelssohn Bartholdy tritt für die rein prozessuale Natur der Rechtskraft ein. Weil die Rechtskraft in Grund und Wesen rein prozessual ist, deshalb ist sie jedem formell rechtskräftigen Urteile des ordentlichen Zivilprozesses in gleicher Stärke und gleichem Umfang eigen. Die Rechtskraft tritt ausnahmslos nur zwischen den Parteien des Prozesses ein. Als solche rein relative Entscheidung zwischen den Parteien muß das Urteil allerdings

von jedermann respektiert werden, wenn dieser jedermann später vor einem Gerichte desselben Staates (oder eines Staates der internationalen Urteilsgemeinschaft) über die Frage streitet, ob zur Zeit jenes ersten Urteils zwischen seinen Parteien die Rechtslage so gewesen ist, wie das Urteil sie feststellte.

2. Schuldübernahme. **a)** Strohal, Schuldübernahme, JheringsJ. **57** 395. Die Unanwendbarkeit dieser Bestimmung auf die Schuldübernahme ergibt sich daraus, daß es sich weder um eine Rechtsnachfolge, noch — vom Standpunkte Strohals, der die Sukzessionstheorie verwirft, s. BGB. § 414 Nr. I 1 — um eine Rechtsnachfolge handelt. **b)** Lippmann, Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des BGB., AcivPr. **101** 1 f., wendet sich 41 ff. gegen Hellwigs Annahme, daß der Schuldübernehmer Rechtsnachfolger sei (insbes. 48 f.). Vgl. BGB. § 414 I 2, III a.

3. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 228/9. Der abgeleitet Berechtigte (z. B. Pfandgläubiger, Dienstbarkeitsberechtigter) ist Rechtsnachfolger des Subjekts des Mutterrechts.

4. Rechtskraftwirkung bei Inkassozession s. § 322 Nr. II 5.

§ 328. Literatur: Haeger, Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Rechtsverkehre. Berlin 1910. — Hellwig, Die Förderung des internationalen Rechtsverkehrs durch die mitteleuropäischen Wirtschaftsvereine, DJZ. **10** 170. — Klein, Dasselbe, DJZ. **10** 166. — Plósz, Dasselbe, DJZ. **10** 446. — Sperl, Die Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Österreich und Deutschland. Anhang zu den Verhandlungen der Rechtshilfekonferenz 199. Wien 1910. — Derselbe, Ein Staatsvertrag über die Vollstreckungshilfe zwischen Österreich und Deutschland, ZJPR. **20** 57, — Verhandlungen der Rechtshilfekonferenz, Wien Januar 1910. Veröffentlichungen der mitteleuropäischen Wirtschaftsvereine. Leipzig 1910.

1. Abs. 1 Ziff. 4. **a)** Prüfung eines ausländischen Versäumnisurteils, **RG.** JDR. 8 Nr. 3a jetzt auch **RG. 72** 124. **b)** Nordamerikanisches Ehescheidungsurteil. KG. in JDR. 8 Nr. 3 b jetzt auch ZJPR. **20** 227.

2. Abs. 1 Ziff. 5. Gegenseitigkeit zwischen Deutschland und Genf? KGBl. **10** 11, BreslauAK. **10** 34 (Reichsjustizamt). Ob zwischen dem Deutschen Reiche und dem Schweizer Kanton Genf die Gegenseitigkeit verbürgt ist, ist zweifelhaft. In jedem Falle besteht nach Schweizer Recht die Einschränkung, daß auch gegenüber der ausländischen Gerichtsbarkeit der Gerichtsstand des Wohnsitzes ausschließlicher Gerichtsstand ist. Hiernach würde also ein Urteil, das gegen einen in der Schweiz wohnenden Schuldner von einem deutschen Gericht im Gerichtsstande des Vermögens oder des Erfüllungsorts erlassen ist, in der Schweiz nicht vollstreckt werden dürfen.

3. Ist das Revisionsgericht an die Feststellung des Berufungsgerichts über den Inhalt des ausländischen Rechtes (Gegenseitigkeit usw.) gebunden? Vgl. hierüber Wittmaack § 549 Nr. I.

4. Reform. **a)** Haeger gibt in erschöpfender Darstellung zunächst eine Übersicht über den gegenwärtigen Rechtszustand betr. die Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedssprüche in den verschiedenen Staaten und untersucht die Möglichkeit, die internationale Rechtsverfolgung zu vereinheitlichen. Hinsichtlich der Vollstreckung von Urteilen ist die einheitliche Vollstreckung nur durch Staatsverträge zu ermöglichen, deren nur einige wenige und immer nur zwischen zwei Nachbarländern bestehen. Die Bestrebungen nach einer allgemeinen einheitlichen internationalen Regelung haben nur zu dem Berner Eisenbahn-Frachtvertrag und dem Haager Übereinkommen geführt, die beide nur sehr beschränkte Bedeutung haben. Hier weiteres zu erreichen, hält Haeger zur Zeit für ausgeschlossen, da insbesondere eine Einigung über die Zuständigkeitsfragen nicht zu erzielen sein wird.

Dagegen hat eine internationale Einigung für die Vollstreckung von Schiedssprüchen mehr Aussicht auf Erfolg. Vgl. hierzu auch Haeger, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt (Berlin 1910). **b**) Verhandlungen der Rechtshilfe-Konferenz enthalten den Bericht der Verhandlungen über den Abschluß eines Rechtshilfevertrags zwischen Deutschland, Österreich und Ungarn. — Vgl. hierzu die Berichte von **c**) Klein, **d**) Hellwig, **e**) Plósz. **f**) Sperl, ZJPR. **20** 57. **g**) Sperl, Verhandlungen der Rechtshilfe-Konferenz 199 ff., 339 ff., veröffentlicht einen Entwurf eines Rechtshilfevertrags zwischen Deutschland und Österreich mit ausführlicher Begründung.

§ 329. Abänderung von Beweisbeschlüssen s. unten zu § 358.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 333. Über analoge Anwendung des § 333, wenn der Eidespflichtige erklärt, er könne den Eid jetzt noch nicht leisten, vgl. § 465 Nr. 1.

§ 334. SeuffA. **65** 423 (Braunschweig). Die Stellung und Begründung des Antrags, die Sache mit einer anderen zu verbinden, ist kein Verhandeln nach § 334.

§ 338. 1. FrankfRundsch. **44** 73, R. **10** Nr. 3794 (Frankfurt). Für die Frage, ob ein Versäumnisurteil oder ein streitiges Urteil vorliegt, ist lediglich der Inhalt der erlassenen Entscheidung maßgebend, nämlich ob sie Folgerungen zieht aus einer im Urteile zum Ausdrucke gebrachten gerichtlichen Feststellung, daß völlige Versäumnis einer Partei vorgelegen habe oder ob das Gericht nach Inhalt des Urteils beide Parteien als vertreten und verhandelnd angesehen hat.

2. SeuffA. **66** 82, SchlHolstAnz. **10** 303 (Kiel). Der im Versäumnisurteile verurteilten Person steht das Einspruchsrecht zu, auch wenn ihr weder die Klage noch das Urteil zugestellt worden ist. Der formalistische Standpunkt, daß der Verurteilte an dem ganzen Prozeßverfahren nicht beteiligt sei, ist schon deshalb unhaltbar, weil letzterem sonst die Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung nur durch den äußerst schwierigen Nachweis der Negative, daß die Klage nicht zugestellt sei, gelingen würde (vgl. **RG. 21** 405).

§ 339. Literatur: Hein, Einspruchsfrist bei Zustellung im Auslande, JW. **10** 932.

Abs. 2. Hein. Die §§ 174, 175, welche **RG. 57** 334 im Falle von § 339 Abs. 2 anwendet, dürfen hier nicht herangezogen werden. Der Ausdruck „Zustellung im Auslande" bedeutet hier „Zustellung an eine im Auslande befindliche Person". Anderenfalls wird der Zweck der Bestimmung, jeder im Auslande befindlichen Partei die Möglichkeit des Einspruchs zu sichern, nicht erreicht.

§ 340. Literatur: v. Seuffert, Einlegung des Einspruchs und der Rechtsmittel durch Telegramm, SeuffBl. **10** 16.

1. v. Seuffert. Einlegung des Einspruchs durch Telegramm ist zulässig. Ebenso Scherer, SeuffBl. **10** 242.

2. KGBl. **10** 106 (KG.). Nicht rechtzeitig ist die Einspruchsschrift eingereicht, welche einem Gerichtsschreibereibeamten in seiner Wohnung nach 6 Uhr abends (also nach Schluß der Briefannahmestelle in den Diensträumen des KG.) am Tage des Fristablaufs übergeben ist. Der Beamte war nur mit der Annahme von Telegrammen betraut, gehört aber nach der Geschäftsordnung für die Oberlandesgerichte nicht zu den Personen, die ohne besondere Bestellung durch den Kammergerichtspräsidenten zur rechtswirksamen Entgegennahme für das Gericht befugt sind. — Vgl. § 207 Nr. 1.

§ 343. Aufhebung des den Beklagten verurteilenden Versäumnisurteils ohne ausdrückliche Klagabweisung im Tenor s. oben zu § 300 Nr. 1.

§ 344. Kostenpflicht nach Klagezurücknahme (vgl. JDR. 8 Nr. 2). LeipzZ. **10** 717, SächsRpflA. **10** 345 (LG. Leipzig). Wird die Klage nach Erhebung der Einspruchs zurückgenommen, so hat der Kläger gemäß § 271 Abs. 3 alle Kosten zu tragen. § 344 findet keine Anwendung.

§ 345. 1. OLG. **20** 322 (Naumburg). § 345 liegt vor, wenn zwischen den beiden Versäumnisurteilen tatsächlich nicht zur Sache verhandelt, sondern nur die Zulässigkeit des Einspruchs festgestellt worden ist und die Anträge verlesen worden sind. Diese Verlesung bildet zwar nach § 137 die Einleitung der mündlichen Verhandlung, ist aber selbst noch keine mündliche Verhandlung im Sinne der ZPO.

2. OLG. **20** 322 (Naumburg). Ein zweites Versäumnisurteil im Sinne des § 345 liegt vor, wenn der Einspruch nicht verworfen, sondern das frühere Versäumnisurteil aufrechterhalten wird, indem es den Klaganspruch unter Berücksichtigung des § 331 für begründet hält. Es handelt sich dabei nur um ein formelles Versehen.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Vorbemerkung: Die Anregung des OLGRat Meyer (vor § 355), gemäß § 489 schon vor der mündlichen Verhandlung Beweiserhebung anzuordnen, ist sehr dankenswert. Doch ist fraglich, ob ihr die Gerichte folgen würden, und sie versagt, wenn nur die eine Partei das Interesse an der Beschleunigung hat. — Eine für Berliner Anwälte wichtige Entscheidung des **RG.** ist zu § 357 Nr. I mitgeteilt; sie erklärt, daß auf den früheren Geschäftsschluß am Sonnabend keine Rücksicht zu nehmen ist.

Vor § 355. Literatur: Meyer, Beweisanordnung ohne mündliche Verhandlung, R. **10** 411.

Meyer. Gemäß § 489 hat das Gericht die Befugnis, schon vor der mündlichen Verhandlung auf Antrag unter Zustimmung des Gegners eine Beweisaufnahme zu beschließen, um den Prozeß zu beschleunigen. § 489 bezieht sich, wie aus der Entstehungsgeschichte dargelegt wird, nicht nur auf das Beweissicherungsverfahren, sondern hat allgemeine Bedeutung.

§ 356. RG. JW. **10** 759 Nr. 28, BayRpflZ. **10** 365, WarnE. **3** 369, R. **10** Nr. 3046. Die Anwendung des § 356 setzt einen Antrag des Beweisführers oder des Gegners voraus. Gleichwohl tritt der Ausschluß des Beweismittels auch dann ein, wenn der Mangel des Antrags nicht rechtzeitig gemäß § 295 Abs. 1 gerügt wird.

§ 357. 1. Rechtzeitige Benachrichtigung. **RG.** III. JW. **10** 713, WarnE. **3** 284, R. **10** Nr. 2621. Dem Umstande, daß die Geschäftszimmer der Berliner Anwälte regelmäßig des Sonnabends nachmittags geschlossen zu sein pflegen, kommt keine maßgebende Bedeutung zu. Jene Gewohnheit der Anwälte stellt sich als eine rein private Maßnahme dar, die daran nichts ändern kann, daß der Sonnabendnachmittag als Werktagsteil noch für die Besorgungen in Betracht kam, die sich aus der Vorverlegung des Termins vor dem ersuchten Richter in Posen ergaben. Die am Sonnabendnachmittag zugestellte Nachricht von dem am Dienstage stattfindenden Termine war rechtzeitig.

2. Verlust des Rügerechts s. § 295 Nr. 4.

§ 358. RG. JW. **10** 191. Von einer durch Beweisbeschluß angeordneten Eidesabnahme kann das Gericht durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung Abstand nehmen. Die Anordnung einer Beweiserhebung ist nur eine prozeßleitende Verfügung.

§ 360. RG. R. **10** Nr. 1783. Ein Antrag auf Terminsansetzung wegen veränderter Umstände vor Erledigung eines Beweisbeschlusses ist vom Vorsitzenden

allein abzulehnen, wenn kein Anhalt für die behauptete Änderung der Sachlage besteht.

§ 364. Literatur: Eise, HessRspr. **10** 151.

1. Abs. 1. BreslauAK. **10** 9 (LG. Gleiwitz). Gegen einen Beweisbeschluß, der die Ersuchungsschreiben an die russischen Behörden der Partei überläßt, obwohl russische Behörden auf Privatersuchen keine Zeugenvernehmungen vornehmen und obwohl die Partei im Armenrechte klagt, ist eine Beschwerde unzulässig (§ 567).

2. Abs. 2. Eise. Die Beschwerde gegen eine Anordnung des Gerichts gemäß § 364 Abs. 2 ZPO. ist unzulässig.

§ 370. Abs. 2. SächsRpflA. **10** 567 (LG. Dresden). Die Verfügung des Vorsitzenden über den neuen Verhandlungstermin ist nach § 329 Abs. 3 von Amts wegen zuzustellen. Macht sich dabei eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung nötig, so finden nach § 208 die §§ 199 bis 206 entsprechende Anwendung, § 204 also mit der Maßgabe, daß ein Parteigesuch nicht erforderlich ist.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Vorbemerkung: Die Klagen über die Übelstände unseres geltenden Zeugenbeweisrechts verdichten sich immer mehr zu greifbaren Vorschlägen, die zu §§ 373 ff. unter der Überschrift Reformfragen zusammengestellt sind. — Hervorzuheben ist ferner die interessante Diskussion im Anschluß an die Entscheidung des RG. über die Zeugnisfähigkeit der nicht vertretungsberechtigten Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft (§ 373 Nr. 2 **a**). — Besondere Beachtung verdient auch die Entsch. des **RG.** zu § 373 Nr. 1. — Über den Unterschied zwischen Zeugen- und Sachverständigenbeweis s. § 402 Nr. 1.

Literatur: Baginsky, Die Kinderaussage vor Gericht. Berlin 1910. — Haeger, Empfiehlt sich eine Änderung des deutschen Zeugenbeweises nach französischem Muster? SächsRpflA. **10** 361. — Otto, Die Erfahrung als Grundlage für Gesetzesreformen, Sächs. RpflA. **10** 201. — Derselbe, Der Rechtsvorgänger und der Vertreter im Beweisrechte der Reichs-Zivilprozeßordnung, SächsRpflA. **10** 433. — Putzler, Die Überlastung des RG. und die Abhilfevorschläge. Leipzig 1910. — Reichel, Über forensische Psychologie. München 1910.

§§ 373 ff. Reformfragen. 1. Allgemeines und Verweigerungsrecht und Beeidigung im besonderen s. Putzler, §§ 545 ff. A I 1.

2. Rechtsvorgänger und Vertreter. Otto, SächsRpflA. **10** 433, schlägt vor, Rechtsvorgänger und gewillkürte Vertreter, soweit der Rechtsnachfolger oder der Vertretene als Partei seine Parteibehauptungen den Mitteilungen des Rechtsvorgängers oder des Vertreters entnimmt, als Zeugen ausschließlich auf den Antrag der Gegenpartei zuzulassen und abzuhören. Vgl. ferner §§ 445 ff.

3. Angehörige. **a)** Otto, SächsRpflA. **10** 201, empfiehlt 206 die Ausschließung der nächsten Angehörigen als Zeugen nach französischem Vorbilde (code de procédure civile Artt. 283, 291), mindestens Beseitigung der rein doktrinären Vorschrift im § 385 Nr. 4. **b)** Hierzu Haeger, SächsRpflA. **10** 361, welcher nach Erörterung der französischen Bestimmungen und ihrer auf möglichste Fernhaltung aller interessierten Zeugen gerichteten Tendenzen für Deutschland im Gegensatze zu Otto nicht so weit gehen möchte, die im § 393 genannten Personen einfach für zeugnisunfähig oder für ablehnungsfähig zu erklären. Man kann aber wenigstens darin der beachtenswerten Auffassung des französischen Rechtes entgegenkommen, daß man solche Personen stets unbeeidigt vernimmt. Dann wird der Richter einer-

seits in den ihm zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen nicht beschränkt und hat andererseits bis zur Beendigung des Prozesses freie Hand, die Zeugenaussage auf ihre Glaubwürdigkeit zu prüfen, ohne sich durch den Beschluß über die Beeidigung präjudiziert zu haben.

4. Kinder. Baginsky, Die Kinderaussage vor Gericht (Berlin 1910), bespricht auf anatomisch-psychologischer Grundlage die Kinderaussage und kommt zu folgenden Ergebnissen: 1. Das Kind ist vermöge seiner physischen und psychischen Beschaffenheit schon unter normalen Verhältnissen ein mangelhafter, weil unsicherer und unzulässiger Zeuge. 2. Das Kind kann mit schwierig zu ermittelnden pathologischen, physischen und psychischen Zuständen, die wissenschaftlich unter der Diagnose des „Schwachsinns" zusammengefaßt werden, behaftet sein, welche es zur Zeugenaussage ungeeignet und unfähig machen. Daraus ist für die Rechtspflege der Schluß zu ziehen: 3. Das Kind ist, wenn es irgend möglich erscheint, am besten von der Zeugenaussage gänzlich fernzuhalten — wie dies tatsächlich nach schwedischem Gesetze geschieht, wo das Kind bis zum beendeten 16. Lebensjahre als Zeuge nicht verwendet werden darf. 4. Auf die Zeugenaussage von Kindern allein soll aber zum mindesten eine Verurteilung nicht erfolgen dürfen. 5. Die Tatsache, daß Zustände von Schwachsinn schwierig zu ermitteln sind, erheischt es, gelegentlich der unvermeidlichen Herbeiziehung von Kindern zur Aussage, durch ärztlich sachverständige Begutachtung ihre Zeugenfähigkeit ermitteln zu lassen. — Vgl. auch Reichel, Über forensische Psychologie.

5. Putzlers in der zit. Abhandlung enthaltene Abänderungsvorschläge s. unten zu §§ 545 ff. A I 1.

§ 373. Literatur: Francke, §§ 125 Abs. 1, 126 Abs. 1 HGB. und § 449 ZPO., R. **10** 375. — Jaeger, Sind die nichtvertretungsbefugten Mitglieder einer prozeßführenden offenen Handelsgesellschaft zeugnisfähig? LeipzZ. **10** 150.

1. Antretung des Zeugenbeweises. **RG.** II. GruchotsBeitr. **54** 148, SeuffA. **65** 475, SchlHolstAnz. **10** 249, LeipzZ. **10** 624 Nr. 32, HoldheimsMSchr. **10** 268, R. **10** Nr. 2388 unter Aufhebung von OLG. Kiel JDR. **8** § 373 Nr. 1 c. Die Beweisantretung durch Benennung der Mitglieder des Bezirksausschusses über die Behauptung, daß dieser beim Vorliegen bestimmten Materials die Konzession zum Betrieb einer Gastwirtschaft erteilt haben würde, ist nicht als unzulässig zu erachten. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, daß die benannten Zeugen in der Lage sein werden, nach Mitteilung einer veränderten Sachlage — wie der Kläger dieses behauptet — sich darüber zu erklären, daß sie eventuell anders gestimmt haben würden, und mit dieser Möglichkeit muß bei der Frage der Zulassung des erbotenen Beweises gerechnet werden.

2. Wer kann Zeuge sein? **a)** Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft? **α. RG.** JDR. 8 Nr. 2 b jetzt auch GruchotsBeitr. **54** 673, LeipzZ. **10** 150, SeuffBl. **10** 386. **β.** Hierzu Jaeger, LeipzZ. **10** 150. Im Anschluß an diese Entsch. des RG., welche er bekämpft, stellt Jaeger (wie bereits R. Schmidt, Lehrbuch 499 ff.) den Satz auf: Nicht die Parteieigenschaft, sondern die Parteieidesfähigkeit schließt den Zeugenbeweis aus. Keine Vorschrift des Gesetzes nötigt zu der Annahme, daß die Partei schlechthin zeugnisunfähig wäre. — Dadurch, daß das RG. den verkehrten Grundsatz, nur eine dritte Person könne Zeuge sein, festhalten zu müssen glaubt, ist es zu der widerspruchsvollen Entscheidung gekommen, wonach es auf der einen Seite nur den vertretungsbefugten Mitgliedern der oHG. Parteieidesfähigkeit zuerkennt, auf der anderen Seite aber den nichtvertretungsbefugten Mitgliedern auch die Zeugnisfähigkeit abspricht. Hiernach wäre die Tatsachenkenntnis nichtvertretungsbefugter Gesellschafter im Wege des Beweises über-

haupt nicht zu verwerten. Den Vorschlag des RG., künftig auch die nichtvertretungsbefugten Gesellschafter als parteieidesfähig zu behandeln, bekämpft Jaeger als nicht empfehlenswerten Ausweg. γ. Francke, R. 10 375, stimmt dagegen dem RG. zu und hält die nicht vertretungsbefugten Mitglieder einer oHG. für Streitgenossen, also für Partei und eidesfähig gemäß § 472, daher für zeugnisunfähig. **b)** OLG. **20** 323 (KG.). Der Streitgenosse, gegen den die Berufung zwar zurückgenommen ist, der aber noch wegen der Kosten im Prozesse befangen ist, weil Anträge wegen der Kosten gegen ihn nicht gestellt worden sind, ist Prozeßpartei; er kann daher nicht als Zeuge vernommen werden, obwohl er an demjenigen Anspruch, auf den sich sein Zeugnis beziehen soll, nicht beteiligt ist.

§ 376. OLG. **20** 324, ElsLothJZ. **10** 487 (Colmar). Eine landesrechtliche Vorschrift, die den Notaren allgemein die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit auferlegt, besteht in Elsaß-Lothringen nicht.

§ 379. Abs. 2. **RG.** R. **10** Nr. 2035. Daß der Grund für die Einforderung des Auslagenvorschusses weggefallen ist, ist für die Anwendung der Bestimmung gleichgültig. Entscheidend ist allein, ob die Vernehmung, welche infolge der Nichteinzahlung des Vorschusses bisher unterblieben war, nunmehr ohne eine Verzögerung des Verfahrens nicht hätte stattfinden können.

§ 381. SeuffA. **65** 294, PosMSchr. **10** 56 (Posen [Strafs.]). Entschuldigt ist der Zeuge, der die Ladung nach Gnesen zum Vormittage des 22. Januar ohne sein Verschulden erst am 21. Januar in Königsberg i. Pr. erhalten hat. Er war nicht verpflichtet, seine Geschäftsreise unverzüglich zu unterbrechen und mit fliegender Hast von Königsberg nach Gnesen zu fahren, um noch rechtzeitig in dem Termine zu erscheinen.

§§ 383, 384, 385, 391, 393. Literatur: Glaser, Zeugnispflicht und Beeidigung der unehelichen Mutter im Alimentationsprozesse, DJZ. 10 250.

Glaser tritt den Ausführungen von Sauerlandt, JDR. 8, entgegen. § 385 Nr. 3 trifft auf die Kindesmutter nicht zu, da der Unterhaltsanspruch des Kindes nicht durch die Mutterschaft der Zeugin, sondern durch die natürliche Vaterschaft des Beklagten bedingt ist. Die Kindesmutter ist als Verwandte der Klagepartei weder zum Klagegrunde, noch zur exceptio plurium zeugnis- und eidespflichtig. — Gemäß § 393 Ziff. 4 ZPO. nF. ist die Mutter schon um deswillen nicht zu vereidigen, weil sie dem Kinde den Unterhalt gewähren muß, wenn die Alimentationsklage gegen den Vater abgewiesen wird (§§ 1601, 1709 BGB.), sie demnach ein rechtliches Interesse an dem Obsiegen des Kindes hat.

§§ 383 ff. Reformfragen s. §§ 373 ff.

§ 383. Ziff. 5. Anvertrauen. **a)** KG. in JDR. 8 Nr. 2 **a** jetzt auch OLG. **20** 323. **b)** OLG. **20** 324 (Colmar). Der Ehemann hat keinen Anspruch darauf, daß der Notar, der im Auftrage der Ehefrau mit ihm verhandelt hat, die bei dieser Verhandlung von ihm — dem Ehemanne — gemachten Äußerungen geheim halte. Diese Erklärungen wurden dem Notar gerade zum Zwecke der Mitteilung an die Ehefrau gemacht, auch konnte der Ehemann den Beauftragten seiner Ehefrau unmöglich als seinen Vertrauensmann ansehen.

§ 384. 1. *Reichel, DRZ. 10 231. Kein Zeugnisverweigerungsrecht über Dinge, auf die das Wahlgeheimnis sich bezieht.

2. Ziff. 2 **a)** OLG. **21** 83, R. **10** Nr. 2237 (Cassel). Es ist unehrenhaft, wenn jemand aus Rücksichten des Wettbewerbes einen Arbeiter zum Bruche des Arbeitsvertrags verleitet. **b)** HessRspr. **11** 130 (LG. Gießen). Ein Lehrer ist berechtigt, über die Frage nach einem außerehelichen Geschlechtsverkehr sein Zeugnis zu verweigern, da ihm die Beantwortung zur Unehre gereichen würde. **c)** OLG. **20** 325 (Hamburg). Die Ehebruchszeugin hat das Zeugnisverweigerungsrecht, obwohl sie erklärt

hat, daß sie mit dem Beklagten nicht die Ehe gebrochen habe. Es würde der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufen, wenn man dem Zeugen die Möglichkeit nehmen wollte, bei der Erklärung, das Zeugnis verweigern zu wollen, sich dagegen zu verwahren, daß aus der Ausübung des ihm durch das Gesetz gegebenen Rechtes geschlossen werde, er habe sich der unehrenhaften oder strafbaren Handlung, über die er vernommen werden soll, schuldig gemacht. **d)** Glaubhaftmachung in diesem Falle s. § 386 Nr. 2.

3. Ziff. 3. Gewerbegeheimnis. **a)** SeuffBl. **10** 690, R. **10** Nr. 4137 (Stuttgart). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn ein Kaufmann Waren von einem Dritten verschafft, die, wie der Kaufmann weiß, der Dritte nur unter Bruch einer ihm obliegenden Verpflichtung abgeben kann oder von einem anderen sich verschafft hat, der sie nur mit Verletzung einer ihm obliegenden Vertragspflicht abgeben konnte. Das Geheimnis eines solchen Warenbezugs ist kein schutzwürdiges Gewerbegeheimnis, und es läßt sich nicht annehmen, daß auch zur Wahrung derartiger nicht berechtigter Interessen das Gesetz das Recht der Zeugnisverweigerung eingeräumt hat. **b)** NaumburgAK. **10** 7 (Naumburg). Das Zeugnisverweigerungsrecht besteht nur, wenn es sich um Tatsachen handelt, an deren Geheimhaltung die Zeugen selbst — kaufmännische Angestellte — oder ihr Dienstherr ein erhebliches und erkennbares Interesse haben. Dies ist der Fall, wenn aus dem Bekanntwerden der Tatsachen die Konkurrenten des Dienstherrn Vorteile ziehen und ihn selbst schädigen können. **c)** OLG. **21** 83, R. **10** Nr. 2389 (Hamburg). Der Zeuge ist berechtigt, sein Zeugnis zu verweigern, da er sonst Einzelheiten eines gemachten Geschäfts offenbaren müßte, welche für die Übernahme weiterer Geschäfte durch den Zeugen bedeutsam sind und deren Kenntnis für einen Konkurrenten von entscheidender Tragweite sein kann.

§ 385. 1. Abs. 1 Ziff. 1. OLG. **20** 326 (Breslau). Die der Zeugnisverweigerung widersprechende Partei muß die tatsächliche Voraussetzung der Ausnahme von § 385 Abs. 1 Nr. 1 nachweisen. Der Zeuge muß dann zunächst darüber vernommen werden, ob er bei dem fraglichen Rechtsgeschäft als Zeuge zugezogen worden ist.

2. Abs. 1 Ziff. 3. res domestica. **a)** **RG.** JDR. 8 Nr. 2 jetzt auch HessRspr. **11** 9. **b)** OLG. **21** 84 (Breslau). Da die behauptete Vereinbarung den Zweck hatte, die streitige Hypothek der Familie zu erhalten, so handelt es sich um eine Vermögensangelegenheit, die im Familienverhältnisse wurzelt.

3. Abs. 1 Ziff. 4. **RG.** R. **10** Nr. 4138. Vertretung erfordert rechtsgeschäftliches Handeln.

§ 386. 1. OLG. **20** 325 (Hamburg). Die Erklärung des Zeugen, daß er sein Zeugnis verweigern wolle, genügt nicht, er muß seine Weigerung begründen und das Gericht in die Lage setzen, über die Berechtigung der Weigerung zu entscheiden.

2. Glaubhaftmachung im Falle von § 384 Ziff. 2. **a)** OLG. **20** 325 (Hamburg). Im Falle von § 384 Ziff. 2 ist eine Glaubhaftmachung nicht erforderlich, da sich aus dem Beweissatze das Zeugnisverweigerungsrecht von selbst ergibt. Der Zweck der Bestimmung von § 384 Ziff. 2 würde vereitelt werden, wenn man eine Glaubhaftmachung, daß die Aussage Tatsachen feststellen würde, die dem Zeugen zur Unehre gereichen könnten, fordern wollte. **b)** OLG. **20** 326 (München). Die Glaubhaftmachung kann sich auch aus den Umständen, insbesondere aus dem Inhalte der gestellten Fragen ohne weiteres ergeben. Dies trifft bei der Frage nach Ehebruch zu (§ 384 Nr. 2). Würde man den Zeugen zwingen, die Gründe näher zu bezeichnen, warum er das Zeugnis verweigert, so würde dieser dann zugleich auch in eine Beantwortung des Beweissatzes selbst eintreten müssen; dadurch würde der gesetzgeberische Zweck des § 384 vereitelt.

§ 387. OLG. **20** 93 (Hamburg). Trifft das Prozeßgericht keine Entscheidung nach § 387, sondern ersucht es das Amtsgericht, den Zeugen nochmals zu vernehmen und darüber zu belehren, daß er kein Zeugnisverweigerungsrecht habe, so ist das Amtsgericht berechtigt, dieses letztere Ersuchen abzulehnen.

§ 393. 1. Reformfragen s. §§ 373 ff.

2. Abs. 1 Ziff. 4. **RG.** JDR. **8** Nr. 2 jetzt auch LeipzZ. **10** 218 Nr. 29, R. **10** Nr. 347 (vgl. auch **RG. 72** 285, wo der übrige Teil der Entscheidung abgedruckt ist).

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§ 402. 1. Zeugen- oder Sachverständigenbeweis? **RG.** JW. **10** 1007 Nr. 23. Der Beweisantritt, zwei Direktoren von Elektrizitätswerken darüber zu vernehmen, daß nach den von ihnen bei vielen Anlagen gemachten Erfahrungen die Annahme von 500 Flammen mit je 500 Brennstunden für die in Frage kommende Anlage zutreffend sei, betrifft einen Sachverständigenbeweis, keinen Zeugenbeweis. Die Direktoren sollen nicht ihre Erfahrungen bei den „vielen Anlagen" bekunden, auch sind diese Erfahrungen nicht bestimmt genug bezeichnet, um Gegenstand eines Zeugenbeweises zu sein; sondern sie sollen aus ihren Erfahrungen kraft ihrer Sachkunde technische Schlüsse auf den vorliegenden Fall ziehen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 140. Die Ablehnung eines angebotenen Sachverständigenbeweises wegen eigener Sachkunde des Gerichts verstößt jedenfalls insoweit nicht gegen das Gesetz, als nicht offensichtlich besondere Fachkenntnisse nötig sind.

3. **RG.** WarnE. **3** 174. Der Richter kann das Gutachten auch insoweit berücksichtigen, als es über den Rahmen der dem Sachverständigen vorgelegten Beweisfrage hinausgeht.

4. **RG.** JW. **10** 191. Die Verwertung des Gutachtens im Wege des Urkundenbeweises ohne Vernehmung des Sachverständigen ist nur im Falle des Einverständnisses der Parteien ausnahmsweise zulässig.

5. SeuffA. **65** 83, ThürBl. **56** 256 (Jena). Die Partei, welche von einem Sachverständigen untersucht werden soll, hat einen Anspruch darauf, daß ihr die hierzu erforderlichen Reisekosten von der beweispflichtigen Gegenpartei vorgeschossen werden. Die Reisekosten sind hier nicht reine Parteikosten, sondern, da die Partei als Beweisobjekt in Frage kommt, Beweisaufnahmekosten.

§ 403. *Hugo Cahn, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Gutachten des XXX. DJT. 537 (vgl. oben GVG. § 14 Nr. IV 1). Für den Beweisbeschluß bei Schutzrechtverletzungen genügt nicht die Frage, ob eine Partei das Schutzrecht verletzte. Es ist bei Fixierung der Beweisthemata, die durch Parteitechniker und belehrende Sachverständige vorbereitet werden können, auf Sinn und Zweck der Erfinderideen einzugehen (vgl. PrMinErl. v. 11. Oktober 1907, BayMinEntschl. v. 8. November 1907, 20. November 1908 und 31. Januar 1909).

§ 404. 1. *Hugo Cahn, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Gutachten XXX. DJT. 539 (vgl. oben GVG. § 14 Nr. IV 1). Hochschulen, Fachbehörden, Handelskammern, Gewerbemuseen, Ingenieur- und Gewerbeverbände können um Benennung von Sachverständigen ersucht werden. In einzelnen Bundesstaaten sind überdies sachverständige Zentralstellen vorhanden oder Verzeichnisse errichtet, welche von den Verbänden und Gerichtsvorständen gemeinsam hergestellt sind (vgl. BayMinEntschl. v. 8. November 1907, 20. November 1908 und 31. Januar 1909, BadJustMinErl. 1910).

2. Abs. 4. SächsOLG. **31** 34 (Dresden). Die Einigung der Parteien über eine bestimmte Person als Sachverständigen bindet das Gericht nur, wenn sie ihm bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung vor dem Beweisbeschluß angezeigt wird.

§ 406. Literatur: Schmidt, Zur Ablehnung von Sachverständigen, DJZ. **10** 1350.

1. Schmidt, DJZ. **10** 1350. Ein Sachverständiger kann, ebenso wie ein Richter, auch deshalb abgelehnt haben, weil er bereits als solcher in der Sache vernommen worden ist.

2. Unbegründete Ablehnung. OLG. **20** 327 (Hamburg). Unbegründete Ablehnung, obwohl der Sachverständige offen erklärt hat, er kämpfe in diesem Rechtsstreit um seine Existenz.

3. Begründete Ablehnung. a) **RG.** JW. **10** 710 Nr. 15, WarnE. **3** 311, R. **10** Nr. 3360. Zur Ablehnung genügt ein Grund, der geeignet ist, ein subjektives Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen bei der Partei als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. **b)** OLG. **20** 327 (Breslau). Begründet ist die Ablehnung des Sachverständigen, der die vom Kläger begonnene ärztliche Behandlung des Beklagten auf dessen Ersuchen fortgesetzt hat, weil dieser die Behandlung durch den Kläger für unsachgemäß hielt und sich von der Behandlung durch einen anderen Arzt einen besseren Erfolg versprach. **c)** OLG. **20** 327 (Hamburg). Ist der Sachverständige gerade bei dem Geschäfte, dessen Auslegung oder Ausführung den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, als Konkurrent aufgetreten, so ist das Mißtrauen gegen seine Parteilichkeit begründet. **d)** ElsLoth. JZ. **10** 126 (Colmar). Begründete Ablehnung eines „Zivilingenieurs und Patentanwalts", der als ständiger Sachverständiger gegen Vergütung der einen Partei zur Seite steht.

§ 411. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 465 Nr. 25, R. **10** Nr. 2862. Es steht im pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts, ob es mündliche oder schriftliche Begutachtung anordnen, und ob es im letzteren Falle den Sachverständigen noch mündlich hören will (Abs. 2). Ein Recht darauf, daß dies geschieht, hat die Partei auch dann nicht, wenn sie die Vorladung des Sachverständigen besonders beantragt hat.

2. Über Verwertung des Gutachtens ohne Vernehmung des Sachverständigen s. § 402 Nr. 4.

§ 412. **RG.** R. **10** Nr. 3379. Daß der vernommene Sachverständige die streitige Arbeit fertiggestellt hat und in Geschäftsverbindung mit der einen Partei steht, gibt an sich noch keinen Anlaß zur Vernehmung weiterer Sachverständiger.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§ 415. HansGZ. **10** Beibl. 290 (Hamburg). Die Eintragungen im hamburgischen Kämmerei-Kontraktenbuche sind öffentliche Urkunden im Sinne der §§ 29, 22 GO. und §§ 415, 418 ZPO.

§ 418. Abs. 3. **RG.** R. **10** Nr. 4139. Öffentliche Urkunden, die ein nicht auf eigener Wahrnehmung beruhendes Zeugnis enthalten, unterstehen freier Würdigung nach § 286.

§ 419. 1. **RG.** HansGZ. **10** Hptbl. 203, R. **10** Nr. 1787. Ist gemäß §§ 419 und 286 festgestellt, daß die Beweiskraft der Quittung trotz äußerer Mängel weder aufgehoben noch wesentlich gemindert ist, so greift nun wieder der § 440 Abs. 2 Platz, so daß die Urkunde bezüglich der Vermutung der Echtheit des Textes bei feststehender Echtheit der Unterschrift so zu behandeln ist, wie jede andere Urkunde; insbesondere ist noch immer der Beweis der Fälschung offen, der unter Umständen durch den nachgewiesenen Mangel erleichtert werden kann.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 25 (Hamburg). Die Beweiskraft einer von einem Ewerführertagelöhner bei Abnahme von Ballen aus dem Seeschiff auf das Konnossement

gesetzten Quittung, in welche eine Ziffer nachträglich eingeschaltet ist, wird trotzdem den obwaltenden Umständen nach für nicht aufgehoben erachtet.

3. Unstatthafter Wechselprozeß, wenn der Wechsel zerrissen ist, s. § 602.

§ 440. OLG. Hamburg JDR. **8** jetzt auch BankA. **9** 156.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Vorbemerkung: Der Formalismus und die Starrheit der Vorschriften über den Eidesbeweis lassen sich nur durch eine gesetzliche Änderung völlig beseitigen; dieser Punkt gehört mit Recht zum Programm einer künftigen Reform (vgl. z. B. oben Allg. Vorbemerkung B I 2 [Kohler] S. 660). Inzwischen muß immer wieder der Versuch gemacht werden, den ärgsten Auswüchsen, durch eine vernünftige Auslegung im Rahmen des geltenden Rechts zu begegnen. Als solche Versuche sind dieses Mal zu nennen die Aufsätze von Laubhardt (im Anschluß an eine sehr vernünftige Entscheidung des LG. Liegnitz; § 462 a und b), Schwabe (§ 464) und Weber (§ 465).

§ 445 ff. Literatur: Otto, Der Rechtsvorgänger und der Vertreter im Beweisrechte der ZPO., SächsRpflA. **10** 433.

Reformfragen. Otto, SächsRpflA. **10** 433, fordert die gesetzliche Einschränkung der Eideszuschiebung auf eigene Handlungen und Wahrnehmungen des Gegners, also Beseitigung der Eideszuschiebung über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und der Vertreter. Vgl. ferner zu §§ 373 ff. Nr. 2.

§ 445. 1. Geisteskrankheit (Verfolgungswahnsinn) als Tatsache? **RG.** JW. **10** 658, GruchotsBeitr. **54** 985 (992), WarnE. **3** 249 Nr. 240, R. **10** Nr. 2390. Fraglich ist, ob als Tatsache die Geisteskrankheit einer dritten Person anzusehen ist. Es wird auf die Art der Geisteskrankheit und ihre Erscheinungsform ankommen, ob der Laie die Krankheit zu erkennen und zu beurteilen vermag. Dies ist nicht der Fall bei dem Eide, daß der Beklagte den Verfolgungswahnsinn des Kl. nicht gekannt habe. Die Eideszuschiebung hierüber ist also unzulässig.

2. Kenntnis vom Vorhandensein von Hausschwamm. **RG.** JW **10** 240, GruchotsBeitr. **54** 1150, SächsRpflA. **10** 337, WarnE. **3** 177, R. **10** Nr. 1126. Über die Kenntnis, d. i. Überzeugung vom Vorhandensein von Hausschwamm kann auch einem Manne ohne besondere Sachkenntnis der Eid zugeschoben werden. Wissenschaftliche botanische Kenntnisse zur Gewinnung dieser Überzeugung sind nicht erforderlich; die Entscheidung des **RG.** JW. **99** 425 Nr. 8 spricht Derartiges keineswegs grundsätzlich aus.

3. Vertreter. HansGZ. **10** Hptbl. 204 (Hamburg). Vertreter im Sinne des § 445 sind nur diejenigen Personen, die im Namen der Partei oder für sie gehandelt haben, so daß diese deren Handlungen als die ihrigen gelten läßt oder gelten lassen muß. Hiernach handelt ein Schiffsführer, der in anderer Beziehung zwar Vertreter des Schiffseigners sein kann, jedenfalls dann nicht als Vertreter desselben, wenn er mit dem seiner Führung unterstellten Schiffe ein anderes Schiff anrennt.

§ 449. Eidesfähigkeit der nicht vertretungsbefugten Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft s. § 373 Nr. 2a.

§ 451. 1. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung über eine Behauptung, deren Unsicherheit von der Partei selbst zugegeben wird. OLG. Jena JDR. **8** Nr. 3 jetzt auch SeuffA. **65** 85.

2. HansGZ. **10** Beibl. 147 (Hamburg). Die allgemeine Eideszuschiebung darüber, daß der Kläger, der seit 14 Jahren von der Beklagten getrennt lebt, Ehebruch begangen habe, ist unzulässig. Die Beklagte sagt selbst, daß sie dafür keinerlei bestimmten Anhalt habe, daß sie es nur vermute.

§§ 460 ff. Literatur: Altsmann, Über die Norm des Parteieids nach der neuen Fassung des § 481 ZPO., DJZ. **10** 1067. — Fischer, Eidesfassung, R. **10** 567.

— Fuhrmann, Fassung der Eide nach der Zivilprozeßordnungsnovelle v. 1. Juni 1909, R. 10 376. — Lentz, Zur Formulierung der Eidesauflage im Hinblick auf § 481 ZPO., DJZ. 10 880. — Metzges, Fassung und Abnahme des Parteieids, R. 10 736. — Seuffert, Fassung der Eide nach der Zivilprozeßordnungsnovelle v. 1. Juni 1909, R. 10 410.

Fassung der Eide nach der Novelle. 1. Fischer, R. 10 567, empfiehlt folgende Fassung: Dem Beklagten soll folgender Eid abgenommen werden: „Sie haben von dem Kläger die Zahlung nicht erhalten".

2. Metzges, R. 10 736, schlägt vor: „Dem Kläger wird folgender Eid auferlegt (oder anvertraut). Ich habe dem Beklagten nicht erklärt, ...".

3. Altsmann, DJZ. 10 1067, schlägt vor: „Sie schwören: Ich habe dem Beklagten 300 M. geliehen . . . .".

4. Fuhrmann, R. 10 376, empfiehlt, im Beweisbeschluß und bedingten Endurteil nur die Eidesnorm in direkter Rede aufzuführen, z. B. „ich habe von dem Beklagten eine Zahlung nicht erhalten".

5. Lentz, DJZ. 10 880, schlägt vor: „Der Kläger soll schwören (wenn der Kläger schwört oder dgl.), daß er am 24. Dezember 1909 dem Beklagten nicht erklärt habe, er verzichte auf die Forderung aus dem Schuldscheine vom 1. Jan. 1908".

6. Seuffert, R. 10 410, empfiehlt ebenfalls, im Beweisbeschluß und bedingten Endurteile nur die Eidesnorm aufzuführen, aber, wie bisher üblich, in indirekter Rede, z. B. „der Kläger soll schwören, daß er von dem Beklagten die von diesem behauptete Zahlung nicht erhalten hat".

§ 461. 1. Unzulässiger Beschlußeid. **RG.** SeuffA. **65** 377, WarnE. **3** 50, R. **10** Nr. 352. Ein unzulässig im Beschlußweg abgenommener Eid braucht nicht wiederholt zu werden. Es entspricht nicht der Heiligkeit des Eides, wenn lediglich aus formalen Gründen eine bereits erfolgte Eidesleistung als nicht geschehen angesehen und die nochmalige Leistung desselben Eides angeordnet wird. Daher keine Aufhebung des Urteils wegen Verstoßes gegen § 461 Abs. 2.

2. Abänderung des Beweisbeschlusses s. oben zu § 358.

3. Wirkung des Beschlußeids auf die Beweislast. **RG.** WarnE. **3** 502. Durch die Einigkeit der Parteien über die Leistung des Eides ist die Frage nach der Beweislast überflüssig geworden. Durch die Leistung des Eides steht fest, daß eine Abrede, wie sie der Beklagte behauptet, nicht getroffen ist.

4. Abs. 2. **RG.** SeuffA. **65** 377, WarnE. **3** 50. Ein Eid, der nur für den Fall zugeschoben wird, daß der betreffende Beweis nicht schon als durch die anderen angetretenen Beweise erbracht angesehen werden sollte, ist durch bedingtes Endurteil aufzuerlegen. Denn die Eidesauflage hat in diesem Falle eine abschließende Würdigung des gesamten Beweisstoffs zur Voraussetzung und soll nach §§ 463, 464 zur endgültigen Erledigung der Beweisfrage führen.

§ 462. Literatur: Laubhardt, Zur Auslegung des § 462 ZPO., DJZ. **10** 821.

Eidesweigerung trotz Leistung des Eides. **a)** BreslauAK. **10** 26 (LG. Liegnitz). Annahme der Eidesweigerung trotz Leistung des Eides, da der Schwurpflichtige infolge seiner Erklärungen den Eid nach Ansicht des Gerichts nicht hat leisten können. **b)** Hierzu Laubhardt, DJZ. **10** 821, welcher den Grundsatz billigt, daß unter Umständen auch ein Eid, der dem Wortlaute nach geleistet ist, als nicht geleistet gelten kann. Das ist der Fall, wenn der Schwörende mit den Worten des Eides etwas anderes ausdrücken wollte, als das Gericht mit ihnen ausgedrückt hat, und wenn er das letztere überhaupt nicht schwören wollte. Der Schwörende muß etwas anderes gemeint haben, als ob-

jektiv — ohne weitere Auslegung — nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in dem Eide ausgesprochen war. Nicht zu berücksichtigen ist, ob nach den Erklärungen des Schwörenden das Gericht der Ansicht ist, er hätte gewissenhafterweise den richtig verstandenen Eid nicht leisten dürfen; hier kommt nur § 580 Ziff. 1 ZPO. in Betracht.

§ 464. Literatur: Schwabe, Die Beweisfolgen der Verweigerung eines Schiedseids, BuschsZ. **40** 469 ff.

Abs. 2. 1. *Schwabe. Die in Rechtsprechung und Literatur einmütig vertretene Ansicht, jede Möglichkeit, die Beweiswirkungen einer einmal erfolgten Eidesweigerung wieder zu entkräften, sei prinzipiell ausgeschlossen (469/471), entbehrt der gesetzlichen Grundlage. Zwar kann unter keinen Umständen die nachträgliche Leistung eines wirksam geweigerten Eides zugelassen werden — auch nicht, wenn die Eidesweigerung auf einem Irrtum über den Inhalt der Eidesnorm oder auf einem anderen Willensfehler beruht —; denn die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Anfechtung von Willenserklärungen leiden auf prozessuale Erklärungen keine Anwendung, und auch die Vorschriften der ZPO. über den Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses sind auf den Fall der Eidesweigerung nicht zu übertragen (741/72). Die Beweisregel des § 464 Abs. 2 ZPO. ist aber überhaupt nicht unwiderlegbar, wie die Entstehungsgeschichte der Bestimmung, ihr Zweck und ihr Inhalt ergeben (472—483). — Die wahre Bedeutung der Bestimmung, daß infolge der Eidesweigerung das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache als voll bewiesen gilt, liegt darin, daß die Partei, die den Eid geweigert hat, fortan genötigt ist, den vollen überzeugenden Beweis der Unrichtigkeit der Beweisregel im gegebenen Falle, den „Beweis des Gegenteils" zu führen. Die Benutzung der Eideszuschiebung zur Führung des Gegenbeweises ist nach § 446 ZPO. ausgeschlossen, ebenso die Auferlegung eines richterlichen Eides über das Thema des Gegenbeweises (483—485). — Die Zulässigkeit des Gegenbeweises beschränkt sich auf diejenigen Fälle, in denen der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt war. Im Falle der Auferlegung des Eides durch bedingtes End- oder Zwischenurteil schließt die Rechtskraft des bedingten Urteils einen Beweisantritt aus.

2. Bedeutung der Erklärung, den Eid jetzt nicht leisten zu wollen, vgl. § 465 Nr. 1.

§ 465. Literatur: Weber, Der Mangel der Bereitschaft zur Parteieidsleistung, WürttJ. **22** 258.

1. Erklärung, den Eid jetzt nicht leisten zu wollen. Weber aaO. Erklärt der Eidespflichtige in dem Termin, er könne den Eid jetzt noch nicht leisten, so ist es so anzusehen, als ob er nicht erschienen sei. Denn im § 333 ist der allgemeine prozessuale Rechtsgedanke ausgesprochen, daß in jedem Termine, mag er zur mündlichen Verhandlung bestimmt sein oder nicht, die Partei, die von dem, was dort prozessual von ihr zu tun wäre, überhaupt nichts tut, als nicht anwesend zu behandeln ist, im Gegensatze zu der Partei, die im Termine nur das eine oder andere ihr Obliegende tut, während sie anderes unterläßt. Es ist daher gemäß §§ 465, 466, 467 zu verfahren. — AM. Planck, Zivilprozeß II 325 Anm. 49.

2. ElsLothJZ. **10** 297 (Colmar). Das Gericht ist befugt, den Schwurtermin auf Antrag zu vertagen, trotz Nichterscheinens des Schwurpflichtigen und trotzdem der Gegner den Antrag gestellt hat, den Eid als verweigert anzusehen. S. auch § 466.

§ 466. ElsLothJZ. **10** 297 (Colmar). Im Antrag auf Vertagung des Schwurtermins ist der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme enthalten.

§ 469. BreslauAK. **10** 10 (Breslau). Wenn der Beklagte beschwören soll, daß er eine Äußerung — aus welcher das Gericht eine Bestellung der Klagarbeiten folgert — nicht getan habe, so kann er nicht eine Änderung dahin verlangen, daß er diese Äußerung zwar getan habe, daß sie sich aber auf andere Arbeiten beziehe.

§ 472. Meyer, BuschsZ. **40** 1 ff. Die Anwendung des § 472 ZPO. ist auf die Fälle notwendiger Streitgenossenschaft beschränkt.

§ 473. Literatur: Caspers, Zum Eide der Minderjährigen, DJZ. **10** 964. — Hagemann, Eine Bemerkung zum Eide, DJZ. **10** 534.

Abs. 2. **a)** Hagemann aaO. Minderjährige unter 16 Jahren können gemäß §§ 112, 113 BGB., § 52 ZPO. eidesfähig sein. **b)** Hiergegen Caspers aaO. Minderjährigen von 7—16 Jahren kann auch in den Fällen von §§ 112, 113 BGB. ein Eid nicht zugeschoben oder auferlegt werden. Eine andere Regelung kann vom Gesetzgeber unmöglich gewollt sein.

§ 475. 1. Auferlegung eines richterlichen Eides, ohne daß alle angebotenen Beweise erhoben sind. **a)** **RG.** WarnE. 3 503. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht darlegt, daß der Zeuge, wenn er trotz seiner früheren eidlichen Aussage und seiner wiederholten Versicherungen jetzt den Ehebruch zugeben würde, sich in einem Maße als unzuverlässig erweisen würde, daß seiner Aussage Glauben nicht beigemessen werden könnte, und daß es daher auch in diesem Falle auf den richterlichen Eid über den Ehebruch ankommen würde. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 465 Nr. 27. Um einen richterlichen Eid aufzuerlegen, ist das Gericht nicht unbedingt genötigt, zuvor die von den Parteien angebotenen Beweismittel zu erschöpfen.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 218 Nr. 30. Das Gericht kann auch dann auf richterlichen Eid erkennen, wenn überhaupt keine Beweisaufnahme stattgefunden oder die erfolgte Beweisaufnahme kein Ergebnis gehabt hat.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2036. Die Beweislast ist nur von Bedeutung für die Frage, wem das Nichterwiesensein einer streitigen Tatsache zum Nachteile gereicht und ob über sie ein richterlicher Eid aufzuerlegen ist, nicht dagegen für die Beantwortung der Frage, welcher Partei dieser Eid anzuvertrauen ist.

4. **RG.** R. **10** Nr. 3382. Daß die Gegenpartei bereits den Offenbarungseid geleistet und eine Vertagung unter falschen Angaben erschlichen hat, macht sie nicht schlechthin eines richterlichen Eides unwürdig.

5. **RG.** R. **10** Nr. 2858. Wenn entehrende Bestrafungen behauptet werden, mag der Umstand allein, daß sie eine Partei erlitten hat, ausreichend sein, ihre Eideswürdigkeit auszuschließen oder doch erheblich in Zweifel zu ziehen; andererseits genügt die bloße Behauptung erfolgter Bestrafung ohne Angabe der Straftaten nicht zur Substantiierung einer solchen Anführung, denn die Veranlassung der Bestrafung ist das für die Prüfung der Vertrauenswürdigkeit Entscheidende. Ausreichende Substantiierung erlangt die klägerische Behauptung auch dadurch nicht, daß sie die Bestrafungen des Beklagten als wiederholte und schwere bezeichnet. Auch hieraus sind ohne Angabe der Straftaten keine entscheidenden Schlüsse zu ziehen.

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 481. Über Fassung der Eide nach der Novelle 1909 vgl. oben §§ 460 ff.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. **RG.** JW. **10** 152, SeuffA. **66** 84, LeipzZ. **10** 295 Nr. 29, WarnE. **3** 94, R. **10** Nr. 750. Die Erheblichkeit der behaupteten Tatsachen ist keine Bedingung der Beweisaufnahme im Beweissicherungsverfahren. Das Gericht

darf deshalb nicht auf eine materielle Prüfung der Sache eingehen.

§ 487. Literatur: Stern, Vernehmung von Sachverständigen zur Sicherung des Beweises, R. **10** 82.

Nr. 3. Stern tritt der Meinung von v. Dassel, JDR. **8** Nr. 1, entgegen. Das Gesuch muß einen bestimmten, im Gerichtsbezirke wohnhaften Sachverständigen benennen; diesen Sachverständigen muß das Gericht vernehmen.

§ 488. R. **10** Nr. 4142 (Hamburg). Die Anwendung dieser Bestimmung setzt voraus, daß überhaupt noch Mängel „festzustellen" sind; das ist nicht der Fall, wenn eine solche Feststellung, gleichviel, ob mit positivem oder negativem Erfolg, innerhalb oder außerhalb des Prozesses bereits stattgefunden hat.

§ 489. Allgemeine Bedeutung des § 489, s. hierüber vor § 355

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

Vorbemerkung: Den meisten Raum nimmt die Berichterstattung über die im Anschluß an die Novelle 1909 entstandene Judikatur und Literatur ein; besonders reichhaltig ist beides zu § 505 Nr. 2 und 3. — Wenig günstig lauten die Urteile über Wert und Wirkung der Novelle (vor § 495).

Vor § 495. Allgemeine Literatur zur Novelle 1909: Beschlüsse des Berliner Anwaltvereins zur Zivilprozeßnovelle, KGBl. **10** 45. — Buhe, Bemerkungen zur Zivilprozeßnovelle, DJZ. **10** 364. — Dittenberger, Praxis der Prozeßnovelle, JW. **10** 492, 596, 636, 688, 726, 772, 922. — Frohmuth, Leitsätze zum neuen Amtsgerichtsprozesse, JW. **10** 271. — Geiershöfer, Die Zivilprozeßnovelle als Prozeßverschlepperin, JW. **10** 885. — Hoffmann, Übergangsfragen und Redaktionsversehen der Zivilprozeßnovelle, DJZ. **10** 584. — Hörle, Die Vorschriften der §§ 501, 502, 509 ZPO. nF. im Lichte der Praxis, R. **10** 457. — Kiefe, Übergangsfragen infolge der Prozeßnovelle vom 1. Juni 1909, JW. **10** 322 ff. — Laubhardt, Der Einfluß der Novelle zur Zivilprozeßordnung v. 1. Juni 1909 auf die Rechtsprechung der Amtsgerichte, JW. **10** 1024. — Levin, Zur Einführung der Zivilprozeßnovelle, DJZ. **10** 392. — Remelé, Die Prozeßnovelle v. 1. Juni 1909 in ihrer Anwendung auf die am 1. April 1910 anhängigen Sachen, R. **10** 192. — Rheinstrom, Zur Prozeßnovelle, insbesondere zum Verfahren beim abgekürzten Urteile, BayRpflZ. **10** 403. — Samter, Zum Inkrafttreten der Novelle v. 1. Juni 1909, KGBl. **10** 13. — Scherer, Klippen und Neuerungen der am 1. April in Geltung tretenden Zivilprozeßnovelle v. 1. Juni 1909, SeuffBl. **10** 242. — Strauß, Übersicht und Kritik der bisherigen Rechtsprechung zur Zivilprozeßnovelle, R. **10** 835.

Die Beurteilung der Novelle. **a)** Laubhardt, JW. **10** 1024 untersucht den Einfluß der Prozeßnovelle an Hand der wesentlichsten Bestimmungen über das amtsgerichtliche Verfahren und kommt zu dem Ergebnisse, daß der Einfluß weder sehr weit, noch sehr tief geht, daß er in mancher Hinsicht als ein günstiger, in anderer auch als ein schädlicher zu bezeichnen ist. **b)** Geiershöfer, JW. **10** 885, führt aus, daß die Erwartungen, die man hinsichtlich der Prozeßbeschleunigung an die Novelle geknüpft habe, nicht eingetroffen seien. Vielmehr ist das Gegenteil, eine Prozeßverzögerung, eingetreten als natürliche Folge der durch die Zuständigkeitsausdehnung verursachten, durch Personalvermehrung nicht ausgeglichenen erhöhten Belastung an den großen Amtsgerichten. **c)** Hörle, R. **10** 457, führt aus, daß die §§ 501, 502, 509 die auf sie gesetzten Hoffnungen nicht erfüllt haben.

§ 496. 1. Urkunden- und Wechselprozeß. **a)** JW. **10** 492 (LG. Stendal). Im Urkunden- und Wechselprozesse genügt es nach wie vor, wenn der Klage einfache Abschriften des Klagewechsels und der sonstigen nach § 593 Abs. 2 erforderlichen Urkunden beigefügt werden. § 593 Abs. 2 ist nicht geändert. **b)** Ebenso JW. **10** 492 (LG. Düsseldorf).

2. Hat die Beglaubigung der Klagabschriften bei der Zustellung im

Amtsgerichtsprozesse durch den Rechtsanwalt oder den Gerichtsschreiber zu geschehen? Vgl. hierüber § 210.

3. Abs. 6. Buhe (s. vor § 495), DJZ. **10** 364. Die Zustellung bloß der Urteilsformel setzt nach §§ 496 Abs. 6 Satz 2, 320 Abs. 1, 2 die Frist für den Tatbestandsberichtigungsantrag in Lauf, obwohl aus dem Urteile die Partei nicht ersehen kann, ob Berichtigung des Tatbestandes erforderlich ist.

§ 497. Literatur: Hase, Die Zustellungsformen im Amtsgerichtsverfahren, SächsRpflA. **10** 331. — Laubhardt, Ladung durch Mitteilung des Termins an die Partei, R. **10** 281. — Außerdem vor § 495.

1. *Hase, SächsRpflA. **10** 331. Ordentliche Zustellungsformen im Amtsgerichtsverfahren sind: a) nach ZPO. §§ 208 ff. für alle Zustellungen; b) nach ZPO. § 497 Abs. 4 für Zustellungen an einen Rechtsanwalt; c) nach ZPO. § 497 Abs. 2 (mündliche Mitteilung der Terminsbestimmung) nur an den Einreichenden; zur Entgegennahme dieser Mitteilung ist schriftliche (Nach-) Vollmacht erforderlich. — Formlose Mitteilung von Schriftsätzen nach ZPO. § 496 Abs. 5 ist keine Zustellungsform; sie kann durch bloßes Vorlegen oder Vorlesen erfolgen.

2. Abs. 2. Mündliche Ladung. a) Hase, SächsRpflA. **10** 331. Die Zustellungsform des § 479 Abs. 2 ist nur gegenüber derjenigen Partei gegeben, welche die Klage oder den Antrag, auf Grund dessen die Terminsbestimmung stattfindet, bei Gericht einreicht oder anbringt; sie ist auch gegenüber dem gesetzlichen, bestellten oder gewillkürten Vertreter der Partei zulässig, dem Schreiber des Rechtsanwalts gegenüber nur dann, wenn der Rechtsanwalt dem Überbringer der Klage für die Entgegennahme der Terminsbestimmung Untervollmacht erteilt hat. b) Laubhardt, R. **10** 281. Der Termin braucht der Partei nicht alsbald, sondern in angemessener Frist mitgeteilt zu werden. Die Einreichung der Klage braucht nicht durch die Partei persönlich zu geschehen, sie kann auch durch die Post oder einen Boten übersandt werden. Partei ist auch der Prozeßbevollmächtigte, aber nur dieser, kein Bote. c) Frohmuth (s. vor § 495). Mündliche Ladung eines Prozeßvollmacht nicht überreichenden Rechtsanwalts, eines Bureauvorstehers oder gar eines Boten ist unzulässig.

§ 501. Frohmuth (s. vor § 495). Die vorbereitenden Anordnungen bzw. Beweisaufnahmen gemäß § 501 Nr. 1—5 bzw. 6 kann das Gericht auch in einem Verhandlungstermine treffen, in welchem nur eine Partei erschienen ist. Der allein erschienenen Partei steht es frei, dazu die Anregung zu geben. — Ebenso können Anordnungen gemäß § 501 in Terminen erfolgen, in denen die Verhandlung infolge Vertagungsvereinbarung der Parteien vertagt werden muß.

§ 505. Literatur: Auerswald, Die Verweisung an das Sondergericht und die Zivilprozeßnovelle, GewuKfmG. **15** 219. — Bauer, Über die Wirkung der Armenrechtsbewilligung in den Fällen der Verweisung des Rechtsstreits an ein anderes Gericht, R. **10** 373. — Reichert, Der Einfluß der Zivilprozeßnovelle v. 1. Juni 1909 auf das gewerbegerichtliche Verfahren, GewuKfmG. **15** 147. — v. Seuffert, Die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht, BuschsZ. **40** 192. — Steengrafe, Die Verweisung an das Sondergericht und die Zivilprozeßnovelle, GewuKfmG. **15** 217. — Tuma, Zum Rechte der Beschwerde im Zivilprozesse, JW. **10** 743.

1. Die Verweisung. v. Seuffert, BuschsZ. **40** 192 ff. Die Unzuständigkeitserklärung erfolgt durch nicht anfechtbaren Beschluß; der Beschluß ist zu verkünden, er bedarf keiner Begründung; die mit der Erhebung der Klage bei dem angegangenen Amtsgericht eingetretenen prozeßrechtlichen und materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen. § 505 ist im Verfahren vor dem Berufungsgerichte nicht anwendbar; eine Verweisung an das zuständige Gericht kann vom Berufungsgerichte nur auf Grund des § 276 ausgesprochen werden. Nimmt das Berufungsgericht sachliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts an, so hat es das Urteil aufzuheben, das Amtsgericht für unzuständig zu erklären und auf Antrag

des Klägers den Rechtsstreit an sich selbst als erste Instanz zu verweisen; nimmt das Berufungsgericht örtliche oder örtliche und sachliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts an, so hat es die Klage durch Urteil abzuweisen, ohne den Rechtsstreit auch nicht auf Antrag an ein anderes Gericht zu verweisen. — Vgl. auch oben § 276.

2. Insbesondere die Verweisung an ein Sondergericht. **a)** v. Seuffert, BuschsZ. **40** 192. An ein besonderes Gericht kann der Rechtsstreit nicht verwiesen werden. **b)** Levin, DJZ. **10** 392 (396 Ziff. 6). Die Verweisung an ein Sondergericht ist unzulässig. **c)** Ebenso Steengrafe, Gewu. KfmG. **15** 217. Die Sondergerichte sind ganz eigenartig aufgebaut, so daß sie zwar unter sich in einen engeren Zusammenhang gebracht sind, aber keineswegs die Möglichkeit bieten, die Vorschriften der ZPO. ohne weiteres auf das Verfahren vor oder mit ihnen in Anwendung zu bringen. **d)** Ferner Auerswald, GewuKfmG. **15** 219. Die neue Bestimmung des § 505 ist auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den Sondergerichten nicht anwendbar. Der trotzdem erlassene Verweisungsbeschluß ist nichtig. § 10 findet keine Anwendung. Die Partei kann die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgerichte verlangen. **e)** JW. **10** 688, DJZ. **10** 1360 (Bamberg). Die Verweisung an ein Sondergericht ist unzulässig. Ebenso hatte LG. Hof (JW. **10** 597) entschieden. **f)** Ebenso JW. **10** 727, SächsRpflA. **10** 378 (LG. Leipzig). **g)** Anders dagegen Reichert, GewuKfmG. **15** 147 (149). Infolge der neuen Bestimmung des § 505 gilt die Verweisung durch Beschluß nunmehr auch für das Verhältnis zwischen dem GG. und den ordentlichen Gerichten mit Ausnahme des Falles, daß sich ein Landgericht für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an ein GG. verweist. Dies kann nach § 276 auch weiterhin nur durch Urteil geschehen.

3. Ist bei unzulässiger Verweisung an ein Sondergericht (s. Nr. 2) Beschwerde zulässig? **a)** JW. **10** 688, DJZ. **10** 1360 (Bamberg). Beschwerde ist trotz § 505 Abs. 2 zulässig. **b)** Ebenso JW. **10** 727, SächsRpflA. **10** 378 (LG. Leipzig) und **c)** JW. **10** 773 (LG. Cassel). Die Bestimmung, daß eine Anfechtung des Beschlusses nicht stattfindet, kann sich nur darauf beziehen, daß eine materielle Nachprüfung des Beschlusses ausgeschlossen ist, nicht aber auf die Frage, ob die Voraussetzungen des § 505 überhaupt gegeben sind. **d)** Ebenso Auerswald, GewuKfmG. **15** 219. **e)** Anders dagegen: Tuma, JW. **10** 743. Tuma hält die Beschwerde für unzulässig, weil überhaupt kein auf gesetzlicher Grundlage gefaßter Beschluß des Amtsgerichts vorläge. Das Gewerbegericht ist nicht zuständig geworden. **f)** SeuffA. **66** 85, PosMSchr. **10** 166 Nr. 2 (Posen). Die Unanfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses gilt auch nach der Richtung, ob ein Fall des § 505 überhaupt gegeben sei. **g)** JW. **10** 869 (München). Der Beschluß des Amtsgerichts, welches sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit vor ein Sondergericht verweist, ist unanfechtbar, weil der Beschluß nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweist, sondern einem Gesuche stattgibt, gleichviel von welcher Partei es gestellt ist.

4. JW. **10** 870 (LG. Hildesheim). Bei sachlicher Unzuständigkeit des Amtsgerichts hat das Landgericht das Urteil aufzuheben und die Sache gemäß § 539 an das Amtsgericht zurückzuverweisen, damit dieses nach § 505 durch Beschluß sich für unzuständig erkläre und den Rechtsstreit an das zuständige Landgericht verweise.

5. Armenrechtsbewilligung. Bauer, R. **10** 373. Die von dem angegangenen Amtsgerichte beschlossene Armenrechtsbewilligung wirkt auf das Verfahren vor dem im Verweisungsbeschlusse bezeichneten Gerichte fort. Denn das Verfahren des zweiten Gerichts schließt sich an das des verweisenden Gerichts in der dort geschaffenen Lage — unanfechtbar — an. Dies gilt auch in den Fällen von §§ 506, 697.

§ 506. 1. v. Seuffert (s. § 505), BuschsZ. **40** 201 ff. Wie eine Widerklage ist auch die Geltendmachung des sich aus den §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO. ergebenden Anspruchs auf Schadensersatz in dem anhängigen Rechtsstreite zu behandeln. Die unzulässige Widerklage ist durch Prozeßurteil des Amtsgerichts abzuweisen. Die Erhebung der Widerklage, die Stellung des erweiterten Antrags oder des Inzidentantrags kann in Abwesenheit des Gegners erfolgen, Versäumnisurteil kann aber nur erlassen werden, wenn das neue Vorbringen dem Gegner rechtzeitig durch Schriftsatz mitgeteilt war, während es der vorherigen Mitteilung des Verweisungsantrags nicht bedarf. Wenn der Widerkläger vorträgt und begründet, ohne Verweisung zu beantragen, ist der Verweisungsantrag noch nicht dadurch ausgeschlossen, da noch keine „weitere" Verhandlung vorliegt. Der Verweisungsantrag einer Partei wird erst dadurch abgeschnitten, daß sie selbst zur Hauptsache weiter verhandelt hat. Die Unzuständigkeitserklärung erfolgt durch unanfechtbaren Entschluß. Wird erst in der Berufungsinstanz durch Widerklage ein Anspruch erhoben, der zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, so ist keine Verweisung an das Landgericht als erste Instanz zulässig; das Landgericht ist zur Entscheidung über den ganzen, erst in der Berufungsinstanz erweiterten Rechtsstreit als Berufungsgericht zuständig; gegen seine Entscheidung findet also kein Rechtsmittel statt.

2. *Kann, JLBl. **10** 185. Im Falle der Erhebung einer zur Zuständigkeit der Landgerichte gehörenden Widerklage hat der Amtsrichter dem Antrag auf Verweisung der Sache an das Landgericht ohne Prüfung der prozessualen Zulässigkeit der Widerklage zu entsprechen.

3. Fortwirkung der Armenrechtsbewilligung bei Verweisung s. § 505 Nr. 5.

§ 508. Abs. 3. v. Seuffert (s. § 505), BuschsZ. **40** 208 ff. Die in dem Verweisungsbeschluß ausdrücklich oder stillschweigend enthaltene Zulassung des Einspruchs ist für das andere Gericht bindend.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Vorbemerkung: Das **RG.** hält daran fest, daß § 529 Abs. 3 beim Zurückbehaltungsrecht nicht anwendbar ist (§ 529 Nr. 1 a und b); da infolgedessen diese Bestimmung vielfach illusorisch wird, sollte man vor der analogen Anwendung nicht zurückschrecken. — Wichtig ist die Entscheidung des **RG.** zu § 533 über die Wirksamkeit eines in erster Instanz geleisteten Eides. — Hingewiesen sei auch auf § 539 Nr. 3; das **RG.** sieht sich zwar nicht in der Lage, deshalb aufzuheben, weil das Berufungsgericht auf den rechtlichen Gesichtspunkt, den es für durchschlagend hielt, nicht hingewiesen hatte; es macht aber kein Hehl daraus, daß ein solches Verhalten unangemessen ist.

§ 511. 1. Solange die Hauptsache nicht gänzlich erledigt ist, ist die Berufung zulässig. BreslauAK. **10** 66 (Breslau). Da die Befriedigung des Klaganspruchs (Räumungsklage) sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt hat und zur Zeit der Einlegung der Berufung zwar bereits begonnen hatte, aber noch nicht vollendet war, so war in diesem Zeitpunkte die Hauptsache höchstens teilweise, noch nicht gänzlich erledigt; ein streitiges Rechtsverhältnis war also noch vorhanden, so daß die Berufung zulässig ist.

2. Scheidungsprozeß. SeuffBl. **10** 431, R. **10** Nr. 2624 (München). Im Scheidungsprozesse kann der obsiegende Scheidungskläger Berufung zwecks Beseitigung der Scheidung wegen Verzeihung einlegen. Beantragt der Beklagte daraufhin nicht Abweisung, so ist in der Urteilsformel lediglich die Beseitigung des Scheidungsanspruchs festzustellen und im Kostenpunkt anderweit zu erkennen.

3. Berufung gegen notwendige Streitgenossen. **RG.** JW. **10** 821 Nr. 45. Wenn dem Berufungskläger zwei notwendige Streitgenossen gegenüberstehen, so ist es seine Sache, eine Prozeßlage herzustellen, die es dem Berufungsgericht ermöglicht, den beiden Streitgenossen gegenüber eine einheitliche Entscheidung zu erlassen. Er hätte das ihm von dem einen Gegner zugestellte Urteil seinerseits dem anderen Gegner und ihm dann oder gleichzeitig die Berufung zustellen müssen.

§ 513. Abs. 2. SächsRpflA. **10** 309 (LG. Dresden). Ein Fall der Versäumung im Sinne des § 513 Abs. 2 ZPO. liegt nicht nur dann vor, wenn ein gültiger Termin tatsächlich nicht versäumt wurde und deshalb das Versäumnisurteil aus Rechtsgründen nicht hätte ergehen dürfen — z. B. wenn die Partei nicht ordnungsmäßig geladen oder durch einen Nebenintervenienten vertreten oder das Ruhen des Verfahrens vereinbart war —, sondern auch dann, wenn zwar ein gültiger Termin tatsächlich versäumt wurde und der Erlaß des Versäumnisurteils rechtlich zulässig war, aber der Richter mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles, gleichviel, ob sie ihm bekannt waren oder nicht, das Versäumnisurteil in Ausübung der Befugnis nach § 337 ZPO. aus Billigkeitsgründen nicht hätte erlassen sollen.

§ 516. Einreichung einer Rechtsmittelschrift nach Schluß der Briefannahmestelle in den Diensträumen des KG. s. § 340 Nr. 2.

§ 518. v. Seuffert, SeuffBl. **10** 16. Einlegung der Berufung durch Telegramm ist zulässig. — Ebenso Scherer, SeuffBl. **10** 242.

§ 519. ElsLothJZ. **10** 14 (Colmar). Der Streitwert zweiter Instanz für die Prozeßgebühr der Rechtsanwälte berechnet sich, wenn in der Berufungsschrift ein bestimmter Antrag nicht gestellt oder eine Einschränkung nicht gemacht ist, nach dem Gesamtbetrag, um welchen der Berufungskläger nach dem angefochtenen Urteile beschwert ist, ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Umfange die Berufung durch spätere Schriftsätze eingeschränkt wird. Dagegen ermäßigt sich der Streitwert bei einer mit der Berufung selbst vorgenommenen Einschränkung nach Maßgabe des hiernach noch streitigen Betrags.

§ 521. Literatur: Granzow, PosMSchr. **10** 57.

1. OLG. **20** 298 (Naumburg). Der Gegner der von einem Nebenintervenienten unterstützten Partei kann sich dem vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel anschließen, auch wenn die unterstützte Hauptpartei den Prozeß nicht mehr betreibt.

2. OLG. **20** 328 (KG.). Ein Verzicht auf die Einlegung der Anschlußberufung ist zulässig, er beseitigt jede Rechtshängigkeit. § 521 besagt nur, daß durch Verzicht auf die Berufung nicht auch ohne weiteres die Anschlußberufung verloren gehe, keineswegs ist aber ausgesprochen, daß auf die Anschlußberufung nicht verzichtet werden könne.

3. Kosten der Anschlußberufung. **a**) Granzow, PosMSchr. **10** 57, wendet sich gegen die Entscheidung des OLG. Posen JDR. **8** § 521 Nr. 3 und unterscheidet folgendermaßen: Die Zurücknahme der Berufung bringt die Kostenerstattung für eine nur angekündigte Anschließung nicht mit sich, wenn die Anschließung trotz mündlicher Verhandlung nicht vorgetragen, also durch die Partei geflissentlich als Prozeßstoff ausgeschieden ist. Die Zurücknahme der Berufung vor der mündlichen Verhandlung zieht die Kostenerstattung für die nur angekündigte Anschließung ohne weiteres nach sich, da sie lediglich ein Bestandteil des Rechtsmittels ist. **b**) WürttJ. **22** 302 (Stuttgart). Der die Berufung Zurück-

nehmende hat die Kosten einer vorbereiteten, im Schriftsatz angekündigten Anschlußberufung zu tragen.

§ 525. RG. JW. **10** 393. Die Vorschrift gilt auch für den *Scheidungsprozeß*, so daß das Urteil erster Instanz, wenn nur die Entscheidung über die Klage und den Kostenpunkt angefochten ist, auch nur in diesem Umfange vom Berufungsgerichte nachzuprüfen ist. Allerdings ist auch das Vorbringen zur Widerklage insoweit zu prüfen, als es für die Entscheidung zur Klage von Erheblichkeit ist.

§ 528. 1. **RG.** JDR. **8** Nr. 1, jetzt auch **RG. 72** 296.

2. ElsLothJZ. **10** 17 (Colmar). Der Verlust der Einrede aus § 274 Abs. 2 Ziff. 5 gilt auch gegenüber dem gleichfalls *ausländischen Rechtsnachfolger des ausländischen Klägers*.

§ 529. Abs. 3. 1. *Anwendbarkeit beim Zurückbehaltungsrechte?* **a) RG.** JW. **10** 713, LeipzZ. **10** 625 Nr. 33, BayRpflZ. **10** 285, WarnE. **3** 267, R. **10** Nr. 2625. Die Einschränkung darf *auf das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgedehnt* werden. Dem Kläger steht lediglich § 273 Abs. 3 BGB. zur Seite. **b) RG. 73** 54, JW. **10** 293, R. **10** Nr. 1415. Die Vorschrift des Abs. 3 gilt für das Zurückbehaltungsrecht nicht. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß das Zurückbehaltungsrecht zugleich mit der Aufrechnungseinrede geltend gemacht ist und seine Geltendmachung den Erfolg herbeiführt, daß um seinetwillen die Gegenforderungen noch im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens gewürdigt werden müssen, obwohl sie, soweit die Aufrechnung in Betracht kommt, zurückgewiesen worden sind.

2. SächsOLG. **31** 480 (Dresden). Die im Prozeß abgegebene *Aufrechnungserklärung kann ohne Zustimmung des Gegners zurückgenommen werden*. Der Aufrechnungseinwand bezweckt nur die Abweisung der Klage und begründet nicht die Rechtshängigkeit der vorgeschützten Gegenforderung. Er kann daher wie jeder andere Einwand ohne Zustimmung des Klägers zurückgenommen werden.

3. KGBl. **10** 73 (KG.). Es wäre ein leerer und durch nichts zu rechtfertigender Formalismus, wenn das Gericht, obwohl es die einheitliche Gegenforderung des Beklagten in einer den Betrag der gesamten Klageforderung weit übersteigenden Höhe als begründet auf Grund einer eingehenden Verhandlung, wozu es wegen der Erweiterung des Klaganspruchs bereits genötigt war, festgestellt hatte, gezwungen sein würde, die hierauf gestützte Aufrechnungseinrede in Ansehung eines Teiles der Klageforderung auszuscheiden und zurückzustellen, den Parteien durch Erhebung von Beweisen über die Klageforderung Kosten zu verursachen und die Beendigung des Prozesses zu verzögern. Die Aufrechnungseinrede ist daher zuzulassen.

4. SächsRpflA. **10** 523 (Dresden). Wenn beim Ausbleiben des Klägers und Berufungsbeklagten der auf die Klage verurteilte und mit der Widerklage abgewiesene Beklagte und Berufungskläger zur Begründung der Berufung neue Gegenforderungen geltend macht, so kann über diese nicht alsbald entschieden werden, sondern sie sind dem Beklagten vorzubehalten. Insbesondere kann keine Rede davon sein, daß sich der Kläger mit der Geltendmachung jener Gegenforderungen einverstanden erklärt hat. Eine derartige Zustimmung ist auch nicht daraus abzuleiten, daß der Kläger in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte nicht vertreten war und einen Einwand gegen das Vorschützen der Gegenansprüche nicht erhoben hat. Die Versäumnis hat zwar den Verlust der dem Kläger zustehenden prozessualen Einwendungen zur Folge, allein die ZPO. stellt an der oben angezogenen Stelle als Voraussetzung der Zulässigkeit der neuen Gegenforderung nicht bloß das Unterbleiben eines Widerspruchs von seiten des Gegners hin, sondern knüpft jene an dessen Einwilligung. Wenn diese nun auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden kann, so ist doch in der Terminsversäumnis ebensowenig eine Erklärung dieser Art

zu finden, wie sie in den Fällen des § 39 und § 269 ZPO. hieraus entnommen werden kann.

§ 533. Abs. 2. Unter welchen Voraussetzungen verliert ein in der ersten Instanz geleisteter Eid im Berufungsverfahren seine Wirksamkeit? **RG. 74** 24, JW. **10** 757 Nr. 24, LeipzZ. **10** 687 Nr. 24, R. **10** Nr. 2864 u. 2865. 1. Hat das LG. auf den gemäß § 453 Abs. 2 zugeschobenen Eid gemäß § 595 Abs. 4 durch Beschluß erkannt, hält aber das Berufungsgericht den Beweis schon durch die vorgelegten Urkunden für erbracht, so stellt sich die Anordnung der Eidesleistung als nicht gerechtfertigt heraus, weil der Eid nicht mehr erheblich ist und die Bedingung entfallen ist, unter der die Zuschiebung erfolgt war. Dasselbe gilt für den gemäß § 461 Abs. 2 oder gemäß § 461 Abs. 1 zur Erledigung eines Zwischenstreits auferlegten Eid. — 2. War jedoch die Eidesleistung gemäß § 461 Abs. 1 angeordnet, weil die Parteien über Norm und Erheblichkeit einverstanden waren, so hat die Partei damit auf die Erhebung und Würdigung anderer etwa vorher geltend gemachter Beweismittel verzichtet. Sie kann auf sie auch in der Berufungsinstanz nicht mehr zurückkommen.

§ 535. Scherer, SeuffBl. **10** 65, bespricht die Frage, ob die Berufungsschrift bei Strafe der Nichtigkeit unterschrieben sein muß und die Beglaubigung durch Stempelung.

§ 536. Literatur: Elperting, Ne eat judex ultra petita, R. **10** 208. — Meyer, Ne eat judex ultra petita, R. **10** 279.

1. **a)** Elperting. Wenn dem Schadensersatzkläger, der 1500 M. eingeklagt hat, in erster Instanz 500 M. zugesprochen werden, so kann die zweite Instanz, welche zwar nur $^2/_3$ des Anspruchs für begründet erklärt, aber 750 M. zusprechen will, dem Kläger und Berufungsbeklagten nur 333,33 M., nicht 500 M. zusprechen. Mehr darf das Gericht nicht zusprechen, da der Kläger keine Anschlußberufung eingelegt hat. **b)** Hiergegen Meyer, R. **10** 279. Es kommt nur auf die Entscheidung, nicht auf die Gründe an. Es ist undenkbar, daß ein die Berufung zurückweisendes Urteil, wenn der Berufungsbeklagte Zurückweisung der Berufung beantragt hat, ultra petita sein kann.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2627. Hält der Kläger den Klaganspruch trotz Erledigung aufrecht, so darf nicht auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten erkannt werden.

§ 537. Literatur: Stölzel, Zur Frage der Bedeutung des Berufungsurteils JW. **10** 609.

Stölzel aaO. Wird der Rechtsstreit, nachdem der in erster Instanz verurteilte Beklagte Berufung eingelegt hat und sodann verstorben ist, in der Berufungsinstanz von seinen Erben aufgenommen und die Berufung zurückgewiesen, so hat dies Urteil die Bedeutung, daß nicht die Verurteilung des Verstorbenen bestätigt wird, sondern daß seine Erben verurteilt werden. Es liegt damit der Fall von § 780 vor Die §§ 727 und 730 finden keine Anwendung, sondern der Gerichtsschreiber fertigt das erste Urteil, indem er die laut Berufungsurteil eingetretene Rechtsnachfolge in der Person des Schuldners ausdrücklich anführt, alsbald gegen die Erben vollstreckbar aus, oder er setzt die Klausel ohne weiteres unter die beiden zusammengehefteten Urteile.

§ 538. I. Abs. 1 Ziff. 2. 1. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 161, R. **10** Nr. 3384. Für die Frage, ob das angefochtene Urteil über eine prozeßhindernde Einrede oder ob es zur Sache entschieden hat, kann die Art, wie der Beklagte sich verteidigt hat, von Bedeutung sein. S. hierzu GVG. § 13 Nr. I4, ob die Entscheidung die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder den Anspruch selbst betrifft.

2. HansGZ. **10** Beibl. 72 (Hamburg). Die Zurückverweisung ist auch dann zu-

lässig, wenn die erste Instanz die Klage wegen Rechtshängigkeit von Amts wegen abgewiesen hat. — S. JDR. 8 Nr. 2 a.

3. SchlHolstAnz. 10 135 (Kiel). Zurückverweisung in die Vorinstanz ist zulässig, wenn diese die Feststellungsklage wegen Mangels eines Rechtsverhältnisses abgewiesen hat (**RG.** JDR. 8 § 538 [53**9** ist Druckfehler] Nr. 2), sei es, daß das Vorhandensein des Rechtsverhältnisses eine eigentliche Prozeßvoraussetzung oder eine Rechtsschutzvoraussetzung ist.

II. Abs. 1 Ziff. 3. 1. **RG. 73** 65, JW. **10** 293, R. **10** Nr. 1417. Es kommt nicht darauf an, ob sich auch die Verhandlung in erster Instanz auf den Grund des Anspruchs beschränkt oder auch den Betrag umfaßt hat, vielmehr nur auf die Entscheidung in jenem beschränkten Sinne. Sollten die Bemerkungen Gaupp-Steins anders zu verstehen sein, so wäre ihnen nicht beizutreten (wie hier Schmidt-Bardeleben, GruchotsBeitr. **47** 613).

2. R. **10** Nr. 1622 (Cassel). Hat im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs das Gericht I. Instanz die Klage abgewiesen, so hat das Berufungsgericht, das den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt hält, die Sache dann nicht an das Gericht I. Instanz zurückzuverweisen, wenn die für die Bemessung des Anspruchs seinem Betrage nach maßgebenden Umstände sämtlich festgestellt werden müssen, um eine Entscheidung über den Grund des Anspruchs zu ermöglichen.

3. **RG.** JW. **10** 628 Nr. 31, R. **10** Nr. 2245. Die Zurückverweisung ist nicht zulässig, wenn der erste Richter den Schadensersatzanspruch abweist, weil ein Schaden nicht entstanden oder doch nicht nachweisbar oder nicht substantiiert sei; er hat dann bereits die Frage des Betrags geprüft (vgl. bereits **RG.** JDR. **4** § 538 Ziff. c).

§ 539. 1. Über Aufhebung des Urteils, welches von Richtern unterschrieben ist, die nicht mitgewirkt haben, s. § 315 Nr. 1.

2. **RG.** JW. **10** 751 Nr. 8. Kein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor, wenn das Landgericht, von der Ansicht ausgehend, daß die Aktivlegitimation des Klägers fehle, nur hierüber verhandelt und die sonstigen, die Klage und die Einwendungen stützenden materiellen Anführungen der Parteien auch im Tatbestande nicht erörtert. Der Tatbestand wird deshalb nicht mangelhaft. Das Berufungsgericht muß, wenn es anderer Ansicht ist, materiell entscheiden.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3027. Daß auf einen rechtlichen Gesichtspunkt in der mündlichen Verhandlung von keiner der Parteien hingewiesen worden ist, hindert das Gericht an sich nicht, die Entscheidung auf jenen rechtlichen Gesichtspunkt zu gründen, wenn es auch dem Wesen und Zwecke der mündlichen Verhandlung wenig entspricht, daß das Gericht einen von ihm als wesentlich erkannten rechtlichen Gesichtspunkt den Parteien vorenthält, anstatt seine Erörterung zu veranlassen.

4. ElsLothJZ. **10** 193 (Colmar). Ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor, wenn ein Beweisbeschluß zu Unrecht nicht ausgeführt worden ist.

Zweiter Abschnitt. Revision.

Vorbemerkung: Die zu §§ 545 ff. unter A zusammengestellten Vorschläge zur Entlastung des Reichsgerichts (vgl. JDR. 8 705 ff.) sind durch die Novelle 1910 nicht gegenstandslos geworden; es ist kaum anzunehmen, daß letztere einen dauernden Zustand geschaffen habe. Über die Reformbewegung im allgemeinen ist in der Allg. Vor-

bemerkung unter B oben S. 660 berichtet. — Aus dem Material zum positiven Rechte sei die zu § 545 zit. Entsch. des **RG.** hervorgehoben.

Allgemeine Literatur über die Entlastung des Reichsgerichts und zum Entwurfe: Arhausen, Difformität, mündliche Verhandlung und die Anwaltschaft beim Reichsgerichte, JW. **10** 308. — Breit, Über das Naive im Konformitätsentwurfe, JW. **10** 315. — Düringer, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts, DJZ. **10** 329. — Flechtheim, Was ist Difformität? DJZ. **10** 514. — Fuchs, Die drohende Revisionsverstümmelung vom Standpunkte der soziologischen Rechtslehre, JW. **10** 209. — Fuchs, Das neueste Heft der Entscheidungen des Reichsgerichts, das Difformitätsprinzip und die soziologische Rechtslehre, JW. **10** 267. — Hellwig, Die Notlage des Reichsgerichts. Kritik und Vorschläge, JW. **10** 305. — Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht. Von einem Juristen. Berlin 1910. — Krantz, Reichsgerichtsreform. Berlin 1910. — Neumann, Revision und Reichsgericht, JW. **10** 312. — Putzler, Die Überlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge. Leipzig 1910. — Skonietzki, Die Überlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge. Eine Besprechung der unter diesem Titel erschienenen Schrift von Putzler, JW. **10** 213. — Wach, Die Entlastung des Reichsgerichts (Vortrag), RheinZ. **2** 287. — Wolff, Die Gestaltung des Difformitätsprinzips im Entwurfe, JW. **10** 319.

Literatur zur Novelle 1910: Heinze, Das Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts, DJZ. **10** 615. — Neukamp, Revisionsbegründung, -Frist und -Inhalt, R. **10** 594. — Neumiller, Die Neuregelung der Zuständigkeit des Reichsgerichts (RGes. v. 22. Mai 1910), SeuffBl. **10** 409. — Oppler, Zur Anwendung des Reichsgerichtszuständigkeitsgesetzes v. 22. Mai 1910, DJZ. **10** 725. — Von der Pfordten, Das Gesetz über die Zuständigkeit des Reichsgerichts, BayRpflZ. **10** 247, 276. — Wienstein, Ein Rückblick auf die Entstehung des Gesetzes, betr. die Zuständigkeit des Reichsgerichts, v. 22. Mai 1910, R. **10** 425.

§§ 545 ff. A. Vorschläge zur Entlastung des Reichsgerichts. I. Organische Verbesserung des Verfahrens in den Vorinstanzen. 1. Putzler aaO. führt in dem ersten kritischen Teile seiner Abhandlung insbesondere aus, daß die Vermehrung der Senate nicht so gefährlich sei, wie man oft behaupte, und bekämpft sodann den Vorschlag, nach französischem Muster eine Vorprüfung über die Aussichten der Revision einzuführen, und das Difformitätsprinzip. Letzteres entbehrt der inneren Berechtigung, es muß, weil es in unberechenbarer Weise in den Instanzenweg eingreift, jedes Gefühl der Rechtssicherheit zerstören, es gefährdet, zumal in einem Bundesstaate, die Rechtseinheit aufs schwerste und erschüttert dadurch auch die politische Einheit in ihren Grundfesten (25). — Der positive Teil der Abhandlung geht davon aus, die Entlastung nicht durch mechanische Abschneidung der Revisionen, sondern durch organische Umgestaltung prozessualer Normen, insbesondere für das Verfahren in den Vorinstanzen, zu erreichen. Um einen Maßstab dafür zu gewinnen, ob dieser Weg gangbar und in absehbarer Zeit zum Ziele führen kann, hat Putzler versuchsweise den 7. Titel des 2. Buches der ZPO. über den Zeugenbeweis überarbeitet und durch Gegenüberstellung der alten und der neuen Bestimmungen die Abänderungsvorschläge kenntlich gemacht. Der leitende Gedanke ist für Putzler, die Revisionen zu verhindern, die wegen formaler Verstöße zwar zunächst Erfolg beim Reichsgerichte haben müssen, aber im Endresultate keine Änderung der materiellen Entscheidung herbeiführen können. In diesem Sinne schlägt Putzler eine Vereinfachung der Bestimmungen über die Vereidigung der Zeugen, über das Zeugnisverweigerungsrecht und insbesondere eine Bestimmung vor, wonach neue Beweismittel, die nach einer in der Berufungsinstanz erfolgten Zeugenvernehmung geltend gemacht werden, ausgeschlossen werden dürfen, wenn das Gericht nach freiem Ermessen die Überzeugung gewinnt, daß sie zur Ermittelung der Wahrheit nicht mehr dienlich sind; also keine Nachprüfung mehr in der Revisionsinstanz gemäß § 286.

2. Skonietzki, JW. **10** 213, ist mit Putzler der Ansicht, daß eine Entlastung des RG. vor allem durch eine Umformung des Verfahrens in den Vorinstanzen angestrebt werden müsse. Insbesondere müßten die Revisionen verhindert werden, welche nur einen formalen Erfolg in der Revisionsinstanz ohne sachliches Obsiegen bezwecken. Skonietzki schlägt zu diesem Zwecke vor: Abschneidung der Revisionen über die Fragen, ob ein selbständig anfechtbares Zwischenurteil vorliegt oder nicht, ob das Vorbehaltsurteil aus § 304 erschöpfend ist, Änderung des § 295 Abs. 2 dahin, daß der Heilung durch Rügeverzicht der Parteien nur solche prozessualen Verstöße entzogen sein sollen, bezüglich deren dies das Gesetz ausdrücklich bestimmt hat, Umwandlung des § 286 in eine Sollvorschrift.

II. Vorprüfung. Krantz aaO. gibt den hauptsächlichsten Inhalt einer von dem Verf. (RGRat) dem Reichsjustizamt überreichten Denkschrift v. 8. Januar 1910 in ihren Grundgedanken wieder. Krantz bekämpft insbesondere das Difformitätsprinzip und empfiehlt — ausgehend von der Bedeutung des RG. als Hüter der Rechtseinheit — die Einführung einer Vorprüfung (besser Vorentscheidung) zur Ausscheidung und endgültigen Abfertigung der ungeeigneten Revisionen. Die Vorprüfung soll einer dem RG. beizuordnenden besonderen öffentlichen richterlichen Behörde übertragen werden, welche ferner, sofern sie die Revision zuläßt, in einem öffentlichen Antrage zu dem Parteiantrage Stellung zu nehmen und im Interesse beider Parteien diese Stellungnahme sowohl schriftlich als auch in der mündlichen Verhandlung zu begründen und zu vertreten hat (31 ff., insbesondere 39, 52 ff., insbesondere 55).

III. Das Difformitätsprinzip. 1. Anhänger des Difformitätsprinzips. **a**) Düringer, DJZ. **10** 329, verteidigt die von dem Entwurfe vorgeschlagene beschränkte Einführung des Difformitätsprinzips. **b**) Ebenso die anonyme Schrift: Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht. Von einem Juristen. (Berlin 1910.) **c**) Ferner Hellwig, JW. **10** 305.

2. Gegner des Difformitätsprinzips. **a**) Wach, RheinZ. 2 287, bekämpft das Difformitätsprinzip, da es die Rechtseinheit auf das schwerste gefährde. **b**) Hierzu Sokolowski, JW. **10** 408. **c**) Flechtheim, DJZ. **10** 514. Die vom Entwurfe vorgeschlagene Formulierung des Difformitätsprinzips ist unpraktisch und widerspruchsvoll. Die Beurteilung der Difformität nach dem Umfange der Rechtskraft — einem überaus streitigen Begriff — ist schwierig und unsicher und versagt auch deshalb, weil durchaus nicht alle Urteile der materiellen Rechtskraft fähig sind. **d**) Breit, JW. **10** 315, wendet sich gegen das Difformitätsprinzip: er erörtert die Frage, ob bei bloßer Abänderung des Zinsen- oder Kostenpunkts Difformität besteht, bespricht das Verhältnis zwischen Konformität und Klagänderung, untersucht, ob es gleichgültig ist, wenn die Abänderung in der zweiten Instanz absichtlich durch eine Partei herbeigeführt ist, und führt sodann im einzelnen zahlreiche Fälle an, in denen es zweifelhaft ist, ob Konformität oder Difformität vorliegt. **e**) Fuchs, JW. **10** 209 und **f**) Fuchs, JW. **10** 267, bespricht einige Entscheidungen von **RG. 71** und **72**, um zu zeigen, wie nötig die Revision auch in konform entschiedenen Sachen ist. **g**) Wolff, JW. **10** 319, befaßt sich, ohne zu dem Streite über die Einführung des Difformitätsprinzips Stellung zu nehmen, mit der Gestaltung, die dieses Prinzip im Entwurfe gefunden hat, und unterzieht hierbei zahlreiche Bestimmungen des Entwurfes einer kritischen Betrachtung.

IV. Zulässigkeit der Revision nur bei Verletzung von Reichsrecht. Neumann, JW. **10** 312, zeigt die Notwendigkeit der Revisionsinstanz als letzter Instanz im Interesse der Parteien und zur Wahrung der Rechtseinheit. Zur Entlastung schlägt er die Bildung eines preußischen

Obersten Landesgerichts mit einer dem § 28 FGG. entsprechenden Bestimmung vor. Diesem Gerichte wären zuzuweisen insbesondere die Revisionen in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, die nicht auf Grund einer reichsrechtlichen Norm geltend gemacht werden.

V. Vereinfachung des Verfahrens vor dem Reichsgerichte. 1. Hellwig, JW. **10** 305, spricht sich in Übereinstimmung mit dem Entwurfe gegen die Erhöhung der Revisionssumme und für Difformität unter gewissen Kautelen aus, nimmt zu den kleinen Mitteln Stellung, die der Entwurf zur Entlastung vorschlägt und wendet sich hierbei insbesondere gegen die Mündlichkeit, deren prinzipielle Beibehaltung aus ungerechtfertigter Rücksicht auf die Anwälte bestimmt sei.

2. Axhausen, JW. **01** 308, wendet sich gegen die Ausführungen Hellwigs (V 1) über die Difformität und tritt für die Beibehaltung der mündlichen Verhandlung ein, welche schlechterdings unentbehrlich sei, wenn es sich nicht um die Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift, sondern allein um ihre Anwendung auf den Einzelfall handle; auch bekämpft er die Ausführungen Hellwigs über die Stellung und die Tätigkeit der Anwälte am RG.

B. Zur Novelle 1910. I. Übersichten geben a) Neumiller, SeuffBl. **10** 409. b) von der Pfordten, BayRpflZ. **10** 247 ff., 276 ff.

II. Oppler, DJZ. **10** 725, bespricht die Bestimmung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile der OLG.

§ 545. Revision gegen Urteile des OLG. aus § 927, die nicht auf Berufung ergangen sind. **RG.** JW. **10** 153, R. **10** Nr. 752. Die Revision ist zulässig, wenn nur das OLG. überhaupt in seiner Eigenschaft als Berufungsgericht erkannt hat, nicht nötig ist, daß das Urteil auf das Rechtsmittel der Berufung hin ergangen ist. So ist die Revision zulässig, wenn sich das OLG. mit dem nach § 927 gestellten Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung deshalb befaßt hat, weil die Auflösungsklage bei ihm in der Berufungsinstanz anhängig ist und es daraus seine Zuständigkeit als Gericht der Hauptsache — Abs. 2 a. aO — entnommen hat.

§ 546. I. Allgemeines. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 295 Nr. 30. Ergibt sich aus der Revisionsbegründung, daß der Rechtsmittelkläger zu seinem Antrage nur durch einen Rechenfehler gekommen ist, so ist die Revision unzulässig. Das Gesetz darf nicht so mechanisch gehandhabt werden, daß die Revisionssumme in einem solchen Falle nach dem Antrage bemessen würde. Anderenfalls würden die §§ 546, 554 a in allen Fällen zu umgehen sein.

2. **RG.** R. **10** Nr. 351. Ein revisionsfähiger Beschwerdegegenstand liegt vor, wenn auch nur der Streitwert eines in Betracht kommenden Eventualantrags die Revisionssumme erreicht.

3. BayObLG. **10** 449. Bei der Prüfung der Frage, ob die Revisionssumme vorhanden ist, ist für das Revisionsgericht weder das Zugeständnis des Revisionsbeklagten über den Wert des Streitgegenstandes, noch die Bewertung des Streitgegenstandes, die bei der Ansetzung der Gebühren in den Vorinstanzen zugrunde gelegt worden ist, noch ein von dem Berufungsgericht erlassener Wertfestsetzungsbeschluß maßgebend.

II. Vermögensrechtlicher Anspruch? 1. **RG.** R. **10** Nr. 1789. Betrifft der Rechtsstreit die Ausschließung aus einem Vereine, so steht ein vermögensrechtlicher Anspruch nicht in Frage. Daß der Kläger durch die Ausschließung aus dem Vereine mittelbar auch in seinen Erwerbsverhältnissen betroffen ist, rechtfertigt die Anwendung des § 546 nicht.

2. **RG.** JW. **10** 591 Nr. 36. Einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch betrifft

die Klage, mit der der Eigentümer eines Ritterguts das mit diesem verbundene Ehrenrecht auf einen Kirchenstuhl geltend macht.

III. Einzelheiten. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 218 Nr. 32. Bei dem Streite über den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung richtet sich der Beschwerdegegenstand nach dem Interesse der Beklagten daran, wieviel weniger sie von dem ganzen Betrage zu zahlen haben würden, wenn ihnen die Haftungsbeschränkung zugute kommen sollte. Diese Differenz ergibt sich aus dem Bestande des Nachlasses unter Berücksichtigung aller Passiven.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1105. Für die Berechnung der Beschwerdesumme, wenn der Beklagte zur Rechenschaftsablage über eine von ihm geführte Verwaltung verurteilt ist, ist das Interesse des Beklagten maßgebend, welches er hat, Rechenschaft nicht abzulegen.

§ 547. Abs. 2. **RG.** JW. **10** 828. Da der Kläger den Anspruch auf Ersatz der von ihm für die Pflege seiner Ehefrau verauslagten Kosten aus eigenem Rechte auf Grund von Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung geltend gemacht hat, ist sein Anspruch nicht identisch mit dem seiner Ehefrau, einer nach dem BeamtUFürsG. v. 18. Juni 1901 pensionierten Beamtin, zustehenden Anspruch auf Ersatz der Heilverfahrenskosten. § 547 Abs. 2 trifft demnach nicht zu.

§ 549. Literatur: Wittmaack, Die Stellung des Revisionsgerichts zur Frage der Gegenseitigkeit i. S. der §§ 328 Ziff. 5 und 723 Abs. 2 ZPO., R. **10** 539.

I. Ausländisches Recht. Wittmaack R. **10** 539 bekämpft die Ansicht des RG., z. B. **RG. 70** 434 (vgl. JDR. **8** § 328 Nr. 4 b), daß das RG. an die Feststellungen des Berufungsgerichts über den Inhalt des ausländischen Rechtes gebunden sei. Hierdurch erhält ein einziges OLG. die Macht, über die Frage der Gegenseitigkeit endgültig zu entscheiden. Nach Wittmaack handelt es sich bei der Vorschrift des § 328 Ziff. 5 um die Anwendung einer Bestimmung des ausländischen Rechtes, welche durch das ausländische Recht ihre Ergänzung findet.

II. Landesrecht. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2040. Die Revision kann auf die Verletzung eines Landesgesetzes, das im Bezirke des Berufungsgerichts überhaupt nicht gilt, nicht gestützt werden.

2. Nichtrevisibilität der Auslegung der Begriffsbestimmungen des Hamburgischen Stempelgesetzes vom 11. Dezember 1903. **RG.** JDR. **8** Nr. 2 jetzt auch JW. **10** 241.

3. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 168. Die Frage, ob die Hamburgische Polizeibehörde bei ihrem Verbote der Aufführung von „Mandragola" sich innerhalb der Grenzen gehalten hat, die in dem HambVerhältnisG. von 1879 durch die Worte „im öffentlichen Interesse" vorgezeichnet sind, betrifft die Auslegung und Anwendung einer irrevisiblen Rechtsnorm, so daß die Nachprüfung des RG. ausgeschlossen ist.

§ 550. Tatsachen oder Rechtsnormen? 1. **RG.** JW. **10** 191. Die Frage, ob ein unter der Herrschaft des BGB. auf ehemals landrechtlichem Gebiete geschlossener Vertrag im Anschluß an die Ausdrucksweise des ALR. in gewissem Sinne auszulegen ist (§ 157 BGB., Rücksicht auf die Verkehrssitte), betrifft das Gebiet des Tatsächlichen.

2. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 149 f. Die Annahme des Reichsgerichts (**RG. 63** 142 u. **65** 303), das Patent und seine Nichtigkeitserklärung seien Rechtsnormen, ist bedenklich. Folgerichtig müßte dann die Unkenntnis des Berufungsrichters vom Bestehen eines Patents Revisionsgrund sein.

3. *Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung (Leipzig 1910) 346. Die Auslegung einer Willenserklärung ist Tatsachenfeststellung. Zur Rechtsfrage

gehört lediglich die Subsumtion der Erklärung unter den Rechtsbegriff der Willenserklärung und die Anwendung des Rechtssatzes, daß Willenserklärungen den Rechtserfolg nach sich ziehen, auf den sie lauten.

4. **RG.** **72** 251, R. **10** Nr. 145. Ob eine Handlung überhaupt oder unter bestimmten Umständen nur den Zweck der Schädigung eines anderen haben kann (§ 226 BGB.), ist eine der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogene Tatfrage.

§ 551. Literatur: Wittmaack, Die Revision wegen Mangels an Entscheidungsgründen, R. **10** 289.

Nr. 7. 1. Wittmaack, R. **10** 289, begrüßt die ➸ im Entwurfe zur Reichsgerichtsnovelle vorgeschlagene, aber abgelehnte. Red. ⟵ Abschaffung dieses Revisionsgrundes, da er meist keine Berechtigung habe.

2. Mangelnde Begründung hinsichtlich der Notorietät vgl. oben zu § 291 Nr. 2.

3. **RG.** WarnE. **3** 450 Nr. 431 weist eine häufig in Revisionsbegründungen begegnende falsche Bezugnahme auf § 551 Nr. 7 zurück. § 551 Nr. 7 hat den Fall im Auge, daß der Entscheidung über alle oder einzelne Ansprüche im Sinne von §§ 146, 303 ZPO. überhaupt keine Gründe beigegeben sind, nicht aber den, daß die beigegebenen Gründe sachlich unrichtig oder unzureichend und unvollständig sind, daß die getroffene Entscheidung auf ungenügender Begründung beruht. Mängel dieser Art sind allein nach § 286 zu beurteilen.

4. **RG.** JW. **10** 482, R. **10** Nr. 2246. Da die im Vorprozeß ergangene Entscheidung, auf welche das Urteil Bezug nimmt, dem Beklagten bekannt ist und da sie eine ausreichende Würdigung des in dem jetzigen Rechtsstreite Vorgebrachten enthält, so ist die Rüge unbegründet.

§ 553. Literatur: Scherer, SeuffBl. **10** 65. — v. Seuffert, Seuff. Bl. **10** 16.

1. v. Seuffert, SeuffBl. **10** 16. Einlegung der Revision durch Telegramm ist zulässig. — Ebenso Scherer, SeuffBl. **10** 242.

2. Scherer, SeuffBl. **10** 65, bespricht die Frage, ob die Revisionsschrift bei Strafe der Nichtigkeit unterschrieben sein muß und die Beglaubigung durch Stempelung.

3. **RG.** JW. **10** 338, GruchotsBeitr. **54** 1152, LeipzZ. **10** 397 Nr. 21, WarnE. **3** 178. Die Unterschrift des Rechtsanwalts unter der Revisionsschrift ist ein wesentliches Erfordernis der Revision, dies um so mehr, als die Einlegung der Revision jetzt nicht mehr durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern durch Einreichung erfolgt (vgl. für die Revisionsbegründung **RG.** **65** 81).

§ 554. Literatur: Neukamp, Revisionsbegründungszwang, -Frist und -Inhalt, R. **10** 594.

1. Neukamp, R. **10** 594, erörtert die Novelle von 1910.

2. Begründungsfrist. **RG.** R. **10** Nr. 147. Mit der Einlegung des Einspruchs gegen ein in der Revisionsinstanz erlassenes Versäumnisurteil beginnt die Frist zur Begründung der Revision nicht von neuem

3. Verfahrensvorschriften (Abs. 3 Ziff. 2 b). **RG.** R. **10** Nr. 3561 Zulassung einer Feststellungsklage ohne rechtliches Interesse stellt eine Verletzung der Verfahrensvorschriften dar.

4. Bestimmte Bezeichnung der Tatsachen (Abs. 3 Ziff. 2 **b**). **a**) **RG.** LeipzZ. **10** 296 Nr. 32. Nicht genügende Bezeichnung der Tatsachen, wenn nicht ersichtlich ist, welche Ablehnung der Beweisanträge seitens des Berufungsgerichts gerügt wird. **b**) **RG.** JW. **10** 622. Wird die ungenügend begründete Ab-

lehnung von Beweisantritten gerügt, so sind, wenn ein Teil von ihnen (z. B. durch Beweisaufnahme) bereits erledigt ist, diejenigen Tatsachen und Beweismittel bestimmt zu bezeichnen, welche im Rahmen der Revisionsangriffe noch in Betracht kommen könnten und darzulegen, daß sie vom Berufungsgericht übergangen oder unter Verletzung des Gesetzes abgelehnt worden seien. c) **RG.** JW. **10** 153, LeipzZ. **10** 294 Nr. 31. Eine Begründung, welche lautet: „Verletzt ist das materielle Recht §§ 373, 823 BGB., §§ 551 Nr. 7, 286 ZPO.", genügt zwar für die Rüge des materiellen Rechtes, nicht aber für die Rüge prozessualer Verstöße.

§ 554 a. Wegen des BayObLG. vgl. EGZPO. § 8.

§ 559. **RG.** JW. **10** 829. Die nicht gerügte Gesetzgebung muß unberücksichtigt bleiben, wenn es sich dabei um die Verletzung eines Gesetzes in bezug auf das Verfahren handelt, wenn die unrichtige Anwendung, die das Berufungsgericht von dem dem materiellen Rechte angehörigen Rechtssatze macht, nicht sowohl auf Verkennung seines Inhalts und seiner Tragweite, als vielmehr darauf beruht, daß das Gericht den von ihm festgestellten Sachverhalt bei der rechtlichen Beurteilung nicht richtig ins Auge gefaßt, sondern in einer die Anwendung des Rechtssatzes zulassenden Weise verkannt hat.

§ 561. **RG.** JW. **10** 338. Das Revisionsgericht ist in der Lage, nachzuprüfen, ob ein Einwand unter Zuhilfenahme anderweiten Prozeßvorbringens noch in einem anderen Sinne gemeint sein kann, als das Berufungsgericht angenommen hat.

§ 562. **RG.** JW. **10** 944 Nr. 25. Für die Nachprüfung einer Observanz kann es sich in der Revisionsinstanz nur darum handeln, ob der Rechtsbegriff der Observanz verkannt oder über ihre Bildung eine irrige Rechtsauffassung aufgestellt worden ist.

§ 565. Abs. 2. **RG. 74** 220, R. **10** Nr. 4146. Das Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen ist, ist an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts auch dann gebunden, wenn es glaubt, daß in dem früheren Verfahren nichtrevisible Normen des partikularen Rechtes übersehen worden seien.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. OLG. **21** 86 (Naumburg). Gegen die zur Entscheidung über die Zuständigkeit erfolgte Wertfestsetzung ist die Beschwerde nicht zulässig.

§ 569. Literatur: Bauer, Über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, BayRpflZ. **10** 185. — v. Seuffert, SeuffBl. **10** 16.

I. v. Seuffert, SeuffBl. **10** 16. Einlegung der Beschwerde durch Telegramm ist zulässig.

II. Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte. 1. Bauer, BayRpflZ. **10** 185. Wird trotz der Vorschrift in §§ 569 Abs. 1 und 574 Abs. 2 ZPO. die Beschwerde gegen die Entscheidung eines OLG. unmittelbar bei dem Beschwerdegericht eingereicht, so macht dieser Mangel an sich die Beschwerde nicht zulässig. Die Einreichung bei dem zuständigen OLG. gehört nicht zu den Förmlichkeiten der Beschwerdeeinlegung. Der Mangel wird geheilt, wenn das OLG. noch rechtzeitig mit der ihm nachträglich zugeleiteten Beschwerde befaßt wird. Bei der einfachen Beschwerde ist dies regelmäßig möglich, bei der sofortigen Beschwerde nur dann, wenn sie infolge ihrer Abgabe vom Beschwerdegericht an das OLG. bei diesem noch innerhalb der zweiwöchigen Notfrist eingelaufen ist. Das OLG. hat über die Beschwerde gegen seine Entscheidung ebenso zu befinden, wie wenn sie unmittelbar bei ihm eingereicht worden wäre.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 294 Nr. 25. Die von einem Zeugen oder Sachverständigen erhobene Beschwerde, für welche an sich gemäß § 78 Abs. 2 eine be-

sondere Form nicht erforderlich ist, muß, wenn sie sich gegen die Entscheidung eines OLG. richtet, der Vorschrift von § 569 Abs. 2 genügen.

3. **RG.** WarnE. **3** 73, R. **10** Nr. 547. Das Formerfordernis erstreckt sich nicht nur auf die Beschwerdeeinlegung, sondern auch auf die Begründung.

§ 574. Abs. 2. **RG.** WarnE. **3** 73. Die vorläufige Prüfung der Beschwerde durch das Oberlandesgericht hinsichtlich der Zulässigkeit ist für das RG. nicht bindend.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Vorbemerkung: Die Abhandlungen von Schoetensack (§§ 578 ff. Nr. 1 bis 5) und von Jellinek (§§ 578 ff. Nr. 6, § 579) bedeuten eine wertvolle Bereicherung der Literatur auf diesem nicht häufig bearbeiteten Gebiete.

Literatur: Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt. 1908. — Schoetensack, Über Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Aus der Festschrift für v. Burckhard 249—288. Stuttgart 1910.

§§ 578 ff. 1. Rechtsmittel, Wiederaufnahmeklagen und absolute Nichtigkeit der Urteile im allgemeinen. Schoetensack 249 ff. Die (im 3. Buche der ZPO. geregelten) ordentlichen Rechtsmittel setzen die Einheit des Verfahrens fort: sie bewirken nicht Prozeßgründung, sondern bloß Instanzgründung bzw. -erweiterung. — Die (im 4. Buche der ZPO. normierten) außerordentlichen Rechtsmittel, die Wiederaufnahmeklagen, setzen eine abgeschlossene Verfahrenseinheit voraus; sie bewirken erneut Prozeß- und damit auch Instanzgründung (anders die herrschende Meinung; vgl. neuerdings Heinsheimer, BuschsZ. **38** 43). Voraussetzung aber in allen diesen Fällen der Urteilsanfechtung ist, daß ein Tatbestand vorliegt, der dem gesetzlichen Urteilsbegriff unterfällt. Ein absolut nichtiges Urteil, ein Urteil, das ohne die nötige Urteilsvollmacht (die dem Spruchgerichte, nicht der Gerichtsbehörde, nicht den Richtern gilt) erlassen wird, ist nicht anfechtbar; Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind begrifflich sich ausschließende Gegensätze. Vorliegen eines nicht absolut nichtigen Urteils ist Instanzvoraussetzung, Vorliegen eines rechtskräftigen und somit vollgültigen Urteils ist Voraussetzung der Wiederaufnahmeklage.

2. Verhältnis der Wiederaufnahmeklagen zueinander. Klagänderung. Schoetensack 263 ff. Geltendmachung anderer Anfechtungsgründe als der in der Klageschrift zur Begründung der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage aufgeführten bedeutet nicht Klagänderung; wogegen Vertauschen der Nichtigkeits- mit der Restitutionsklage zweifellos Klagänderung darstellt. Die beiden Wiederaufnahmeklagen sind innerlich verschieden. Die Nichtigkeitsklage gründet sich auf Verstöße gegen Prozeßnormen, gleichviel, ob diese Verletzungen für das Urteil kausal waren oder nicht. Die Richter durften in diesen Fällen gar nicht judizieren. Die Restitutionsklage hingegen will den Kampf gegen bestimmte sachliche Unrichtigkeiten des Urteils aufnehmen.

3. Die selbständige Natur der Wiederaufnahmeklagen. Schoetensack 271 ff. Die Natur der Wiederaufnahmeklagen als selbständiger Klagen zeigt sich: a) in der Art der Erhebung der Klagen (§ 585); b) in der Beschränkung der Wiederaufnahmeklage auf den geltend gemachten Anfechtungsgrund. Jeder Anfechtungsgrund bedeutet ein eigenes Aufhebungsrecht; konkurrieren mehrere Anfechtungsgründe derselben Kategorie, so können sie gleichzeitig geltend gemacht werden, ohne daß dies hier eine Klagänderung bedeutete; c) in der Eigenschaft der Klage als einer Prozeßvoraussetzung; d) in dem Verlaufe des Wiederaufnahmeverfahrens, das sich nach den Regeln des Erstinstanzverfahrens richtet und nie in den Formen

des besonderen Prozesses bewegt; e) in der Aktiv- und Passivlegitimation der Rechtsnachfolger (allgemeine Nachfolger und Sondernachfolger), die, sei es vor, sei es nach beendeter Rechtshängigkeit der Erstklage eingetreten sind; f) in der Unzulässigkeit, sich der erhobenen Wiederaufnahmeklage etwa nach Analogie der §§ 521, 556 anzuschließen; g) in der Behandlung des Säumnisfalls. Bei Säumnis des Klägers ist zunächst die Frage der Zulässigkeit der Klage (§ 589) ex officio zu prüfen. Wird sie verneint, so folgt Abweisung der Klage als unzulässig, wird sie bejaht, so muß Abweisung der Klage als unbegründet erfolgen (§ 330). Bei Säumnis der Beklagten ist die Frage der Zulässigkeit wie der Begründetheit der Klage von Amts wegen zu prüfen; h) in der Klagerücknahme. Diese bedeutet nicht Anspruchsverzicht, sondern nur Rücknahme des Urteilsverlangens; i) in der Gewährung, daß der Richter des Erstprozesses auch über die Wiederaufnahmeklage erkennt; k) in der Bestimmung, daß die Gebühren des Wiederaufnahmeverfahrens die eines selbständigen Rechtsstreits sind (§§ 26 Nr. 5, 46 GKG.; § 20 RAGebO.).

4. Ziel der Wiederaufnahmeklagen. Schoetensack 278 ff. Die Wiederaufnahmeklagen erstreben die Wiederaufnahme des Verfahrens. Diese kann latent oder durch formuliertes Dekret erfolgen. Unrichtig ist es, dieser sententia rescindens die Wirkung der Aufhebung, der Beseitigung des angefochtenen Urteils zuzuschreiben. Was die sententia rescindens allein bewirkt, ist die Suspension des Urteils, ähnlich der Wirkung der Zulassung des Einspruchs gegen Versäumnisurteile. Das Endziel der Wiederaufnahmeklage, Beseitigung des früheren Urteils durch Erlaß der neuen Entscheidung, wird erst mit der Rechtskraft der der Klage stattgebenden sententia rescissoria erreicht. Bei aller Anerkennung der Einheitlichkeit dieses Urteils gilt es doch, seine beiden Funktionen scharf begrifflich auseinanderzuhalten: einmal seine konstitutive Funktion, kraft deren das frühere Urteil ex tunc beseitigt wird, mit ihrer Wirkung inter omnes; sodann seine Funktion als neue „in der Hauptsache" ergehende Entscheidung, die keineswegs notwendig konstitutiver Art zu sein braucht, sondern sich so verschieden charakterisieren kann, wie das überhaupt bei einem zivilprozessualen Urteile möglich ist.

5. Das Anwendungsgebiet der Wiederaufnahmeklagen. Schoetensack 280 ff. Das Anwendungsgebiet der Wiederaufnahmeklagen fängt da an, wo das der Rechtsmittel aufhört. Diese wollen den mit der Klage anhängig gemachten Anspruch im Instanzenzuge weiter-, die Verfahrenseinheit ihrem Abschluß entgegenführen, jene wollen nach definitiv abgeschlossener Verfahrenseinheit erneut Rechtshängigkeit, eine neue Verfahrenseinheit begründen. Die Konsequenzen, die aus dieser Erkenntnis resultieren, gehen vor allem dahin, daß mit den Wiederaufnahmeklagen nicht anfechtbar sind: 1. weil sie die Rechtshängigkeit nicht beenden, die „Verfahrenseinheit" nicht zum Abschlusse bringen: a) die „in betreff der Rechtsmittel den Endurteilen" gleichgestellten Urteile, das sind die Zwischenurteile gemäß §§ 275, 304 und die Vorbehaltsurteile nach §§ 302, 529, 540, 599; b) das bedingte Endurteil; erst das Läuterungsurteil ist taugliches Objekt der Anfechtung mit Wiederaufnahmeklage; 2. das von einer oder gegen eine „nicht nach Vorschriften der Gesetze vertretenen Partei" erwirkte Urteil vor Eintritt der Rechtskraft. — Der Satz, daß außerordentliche Rechtsmittel nur sein sollen, wo ordentliche Rechtsmittel und Einspruch nicht Platz greifen können, gilt 1. in vollem Umfange nur für die Restitutionsklage; diese Klage ist nach § 582 bloß dann begründet, „wenn die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen. 2. nur in beschränktem Umfange für die Nichtigkeitsklage. Subsidiäre Bedeutung kommt der Nichtigkeitsklage gleich der Restitutionsklage gegenüber den ordentlichen Richtsmitteln zu in den Fällen der §§ 579 Nr. 1 und 3, 579 Abs. 2. Und zwar ist, wie gegenüber der (zufälligen)

Abweichung des Wortlauts von § 582 hervorgehoben sei, auch die Nichtigkeitsklage nur dann unstatthaft (unbegründet), wenn sie schuldhafterweise nicht geltend gemacht wurde. — Elektiv aber konkurriert die Nichtigkeitsklage: a) mit dem Einspruche, b) mit den ordentlichen Rechtsmitteln. — Exklusiver Rechtsbehelf ist die Nichtigkeitsklage gegen alle letztinstanzlichen, nach kontradiktorischer Verhandlung ergangenen Endurteile (landgerichtliche Berufungsurteile, Urteile des Reichsgerichts und obersten Landesgerichts). Als exklusiver Rechtsbehelf, Notbehelf für die versagte Revision, funktioniert die Nichtigkeitsklage gegen die wegen nicht erreichter Beschwerdesumme irrevisiblen Berufungsurteile.

6. Nichtige Urteile. **a)** *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 54—124. Nichtig ist u. a. nicht das Urteil eines geisteskranken Richters (59 ff.) und das Urteil eines Richters, der trotz strafrechtlicher Unfähigkeit (84 ff.) oder mangelnder wissenschaftlicher Befähigung (164 ff.) versehentlich von der Justizverwaltung ernannt wurde; nichtig ist aber u. a. ein Urteil, das, nach seinen unumgänglich notwendigen Bestandteilen betrachtet, unter keinen, wie auch immer beschaffenen, Umständen vom Gericht ausgesprochen werden darf (etwa das Scheidungsurteil des Amtsrichters [89 ff.]) und ein durch gefährliche Drohungen (§ 52 StGB.) erzwungenes Urteil (114 ff.). **b)** FrankfRundsch. **44** 168 (Frankfurt). Ist wegen Ungültigkeit der Klagezustellung die Klage nicht wirksam erhoben, so ist das trotzdem gegen den vermeintlich Beklagten ergehende Versäumnisurteil nicht absolut nichtig, vielmehr muß es durch das entsprechende Rechtsmittel erst beseitigt werden.

§ 579. Abs. 1 Ziff. 4. *Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt (1908) 74. Die durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten gewesene Partei ist nur dann auf die Nichtigkeitsklage angewiesen, wenn das Urteil mit der Verkündung rechtskräftig wurde. Die Zustellung des Urteils an oder durch den falsus procurator setzt die Rechtsmittelfrist gegen sie nicht in Lauf. Dafür, daß § 176 ZPO. auch für den falsus procurator gelten soll, fehlt jeder Anhalt. — Eine systematische Darstellung sämtlicher Restitutions- und Nichtigkeitsgründe aaO. 133 ff.

§ 580. Nr. 7. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2250. Der Begriff Urkunde ist im weitesten Sinne zu verstehen. Im allgemeinen begreift die ZPO. unter dem Worte Urkunde jedes Schriftstück, mit dessen Inhalt etwas bewiesen werden soll, ohne Rücksicht darauf, ob es dazu tauglich ist oder nicht und ob es schon bei seiner Herstellung zum Beweise seines Inhalts bestimmt war oder zu anderen Zwecken, etwa zu dem der Mitteilung, hergestellt worden ist.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2251. Urkunden, die zur Zeit der Erlassung des mit der Restitutionsklage angefochtenen Urteils noch nicht vorhanden waren, bleiben außer Betracht.

§ 581. 1. **RG. 73** 150, JW. **10** 583, R. **10** Nr. 1791. Undurchführbarkeit des Verfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis liegt auch dann vor, wenn die Staatsanwaltschaft erklärt, daß sie trotz Überzeugung von der Beweisbarkeit der Beschuldigung das Strafverfahren für undurchführbar erachte. Ein Gegenbeweis, daß die Ansicht der Staatsanwaltschaft sachlich unrichtig sei, daß insbesondere eine Auslieferungsmöglichkeit bestehe, ist unstatthaft.

2. ElsLothJZ. **10** 189 (Colmar). Der Einstellungsbeschluß in einem in Frankreich eingeleiteten Strafverfahren schließt die Restitutionsklage aus.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 593. Abs. 2. 1. Auch nach Einführung der Novelle genügt es, wenn einfache Abschriften der Urkunden eingereicht werden. S. § 496 Nr. 1.

2. SächsOLG. **31** 35 (Dresden). Ungenauigkeit der Abschrift von Urkunden bildet nicht unter allen Umständen einen Grund zur Versagung des Versäumnisurteils im Urkundenprozesse.

§ 597. Unstatthafter Wechselprozeß, wenn der Wechsel zerrissen ist, s. § 602.

§ 599. Sicherung des Anspruchs auf Rückerstattung gemäß § 600 Abs. 2 durch einstweilige Verfügung s. § 600 Nr. 1.

§ 600. Abs. 2. 1. Sicherung des Anspruchs auf Rückerstattung. **RG.** SeuffBl. **10** 517, BayRpflZ. **10** 118, HoldheimsMSchr. **10** 300, R. **10** Nr. 355, WarnE. **3** 73. Zur Sicherung des dem Verurteilten nach § 600 Abs. 2 zustehenden Rückerstattungsanspruchs ist eine einstweilige Verfügung gemäß § 940 ZPO. ausgeschlossen, nach § 935 nur unter besonderen Umständen möglich, denn in der Regel handelt es sich vorliegend um einen Geldanspruch, so daß nur Arrest zulässig ist.

2. Aufrechnung gegen den Rückerstattungsanspruch. OLG. **20** 328, WürttJ. **22** 283, DJZ. **10** 712 (Stuttgart). Gegen den Rückerstattungsanspruch, der dem Beklagten infolge der Aufhebung des Wechselurteils zusteht, ist eine Aufrechnung unzulässig. Die Zulässigkeit der Aufrechnung, die von einigen (Gaupp-Stein § 717 Anm. 51, SeuffA. **61** Nr. 98, OLG. **15** 273) angenommen wird, ist unter allen Umständen abzulehnen, wo nicht § 717, sondern § 600 in Frage steht und der Rückerstattungsanspruch in dem nämlichen Rechtsstreite geltend gemacht wird, in dem das vorläufig vollstreckbare Urteil ergangen ist.

§ 602. SeuffA. **65** 159 (Hamburg). Wenn ungewiß und in Ermangelung einer zulässigen Beweisführung nicht aufzuklären ist, ob der zerrissene und wieder zusammengeklebte Wechsel hierdurch ungültig geworden ist oder ob der Riß nicht auf die Zerstörungsabsicht eines berechtigten Inhabers, sondern auf andere unverfängliche Umstände, wie auf ungeeignete Aufbewahrung, längere Zirkulation des Wechsels usw. zurückzuführen ist, so ist die Klage gemäß § 597 Abs. 2 als im Wechselprozeß unstatthaft abzuweisen.

§ 603. LeipzZ. **10** 789 (RG.). Mag auch beim Abschlusse des schriftlichen Vertrags die Absicht der Parteien dahin gegangen sein, für etwaige Verpflichtungen aus den gemäß dem Vertrag akzeptierten Wechseln eine von § 603 abweichende Zuständigkeit zu begründen, so ist dies doch gleichgültig, da diese Absicht in der Fassung des Wechsels nicht zum Ausdrucke gekommen und für die aus dem Wechsel folgenden Verpflichtungen dessen Inhalt, nicht der dem Wechsel zugrunde liegende Vertrag maßgebend ist.

§ 605. Wechselversäumnisverfahren. RG. in JDR. **8** jetzt auch OLG **20** 330.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Vor § 606. Besonderheiten des Eheprozesses. 1. **RG.** HessRspr. **11** 41. Das Prozeßgericht ist nicht genötigt, einen Sachverständigenbeweis darüber zu erheben, ob und in welchem Maße die Verantwortlichkeit des Ehegatten für die von ihm begangene Eheverfehlung durch nervöse, meist auf krankhaftem Zustande beruhende Reizbarkeit vermindert ist.

2. OLG. **20** 393, R. **10** Nr. 2600 (KG.). Wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverteidigung kann in Ehesachen dem Beklagten das Armenrecht grundsätzlich nicht verweigert werden.

3. HansGZ. **10** Beibl. 40 (Hamburg). Kein Recht der Ehefrau gegen ihren Mann

auf Leistung eines Kostenvorschusses, wenn ihr das Armenrecht bewilligt ist.

4. BayRpflZ. **10** 182 (Zweibrücken). Ein Teilurteil, welches die Klage auf Scheidung abweist, während das Verfahren auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft (Widerklage) durch Beschluß gemäß § 621 ausgesetzt ist, ist unzulässig. Die Gründe, aus welchen **RG. 58** 307 ff. ein Scheidungsteilurteil über das Band der Ehe für unzulässig erklärt, treffen auch hier zu, wo Scheidung nur von einer Seite begehrt wird.

5. Geltung des § 525 s. oben zu § 525.

§ 606. OLG. **20** 331, HansGZ. **10** Beibl. 215 (Hamburg). Im Eheprozesse muß die Zuständigkeit des Gerichts im Zeitpunkte der Klageerhebung vorliegen, es genügt nicht, daß durch Wohnungswechsel des Mannes das Gericht während des Prozesses zuständig wird. Nachträgliche Heilung der Unzuständigkeit vor der ersten mündlichen Verhandlung durch Provokation und Verzicht auf die Einrede (**RG. 52** 136) ist im Eheprozesse nicht möglich (OLG. **13** 72 [KG.]).

§ 616. 1. *Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren in der Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Gierke II 187. Die Abweisung der Eheanfechtungs- oder Scheidungsklagen durch Sachurteil hat wie jedes klagabweisende Sachurteil zunächst nur die Rechtskraftwirkung, daß das Nichtbestehen des eingeklagten Anspruchs deklaratorisch festgestellt wird; aber darüber hinaus ist an dieses Urteil noch die privatrechtliche Nebenwirkung geknüpft, daß sowohl der Kläger als der Beklagte überhaupt jedes Anfechtungsrecht und jedes Scheidungsrecht in ihrem privatrechtlichen Bestande verlieren, welches sie in dem Prozesse geltend gemacht haben oder hätten geltend machen können. Die durch solche Nebenwirkung präkludierten Scheidungsrechte können immer noch zur Unterstützung neu entstehender Scheidungsrechte oder zur Begründung eines Antrags auf Schuldigerklärung verwendet werden (BGB. §§ 1573, 1574 Abs. 3).

2. **RG.** JW. **10** 475 Nr. 15, R. **10** Nr. 1794. Auf die Herstellungsklage findet § 616 keine Anwendung. Die Beklagte ist daher — anders wie im Falle von **RG. 57** 192 — nicht gehindert, trotz der Anhängigkeit des Herstellungsprozesses ihr Scheidungsverlangen jederzeit durch selbständige Klagerhebung geltend zu machen.

3. **RG.** JW. **10** 477 Nr. 17, LeipzZ. **10** 312, **PosMschr. 10 73.** Auf die durch § 616 ausgeschlossenen Tatsachen kann der Antrag auf Schuldigerklärung gemäß § 1574 Abs. 3 BGB. nicht gestützt werden. Jedoch können diese Tatsachen zur Unterstützung gemäß § 1573 herangezogen werden.

§ 617. Literatur: Volkmar, Ehebruch im Zivil- und Strafrechte, R. **10** 280.

1. Volkmar hält es zur Vermeidung widersprechender Zivil- und Strafurteile für angebracht, daß wegen Ehebruchs bei Zugeständnis und Zeugnisweigerung nur dann geschieden wird, wenn weitere Momente hinzutreten, welche die Annahme des Ehebruchs zur vollen richterlichen Überzeugung rechtfertigen.

2. Abs. 2. **RG.** R. **10** Nr. 2255. Über die Behauptungen, auf welche der Antrag auf Mitschuldigkeitserklärung des anderen Ehegatten gegründet wird, ist eine Eideszuschiebung zulässig. Diese ist dagegen unzulässig, wenn neben dem Hilfsantrag auf Mitschuldigkeitserklärung widerklagend in erster Linie die Scheidung wegen Verschuldens des Klägers begehrt wird.

§ 619. Abs. 3. KG. in JDR. 8 Nr. 2 jetzt auch OLG. **20** 322.

§ 627. 1. Voraussetzungen. SchlHolstAnz. **10** 46 (Kiel). Erfordernis für den Antrag aus § 627 auf Regelung der Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern ist nicht, daß dem Antragsteller nach bürgerlichem Rechte ein Recht auf die Person des Kindes zusteht.

2. Zuständigkeit. a) OLG. 21 257 (KG.). Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht sind während des Scheidungsverfahrens selbständig nebeneinander berufen, abweichende Beschlüsse beider Instanzen sind nicht ausgeschlossen. Darüber, welcher Beschluß dem anderen vorzugehen hat, entscheiden die Umstände des Einzelfalls. Das KG. hat vorliegend die Herausgabe des Kindes an den Ehemann angeordnet, obwohl das Amtsgericht beschlossen hatte, daß bis zur Entscheidung des Scheidungsprozesses das Kind bei der Mutter zu verbleiben habe. b) SeuffA. **65** 362 (Jena). Zur Regelung des Verkehrs der Eltern mit den Kindern ist auch während des Ehescheidungsprozesses das Vormundschaftsgericht ausschließlich zulässig. Das vormundschaftsgerichtliche Verfahren ist für eine sachgemäße Regelung geeigneter als das Prozeßverfahren.

3. Nachprüfung der Entscheidung. OLG. **21** 257 (Breslau). Während des Scheidungsprozesses darf neben einer gemäß § 627 ergehenden Anordnung ein anderes Gericht, abgesehen vom Vormundschaftsgericht, über das Erziehungsrecht nicht entscheiden. Daher ist eine Nachprüfung der Verfügung im Rechtsstreit auf Herausgabe des Kindes unzulässig.

4. Berücksichtigung des beiderseitigen Vermögens. **RG.** JDR. **8** Nr. 4 b jetzt auch SeuffBl. **10** 468.

5. Fortdauer der Verfügung nach Rechtskraft des Scheidungsurteils. R. **10** Nr. 751 (Colmar) Eine gemäß dieser Vorschrift erlassene einstweilige Verfügung, durch welche dem im Scheidungsprozesse lebenden Ehemanne die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts während der Dauer des Rechtsstreits auferlegt wurde, ist nicht durch die Dauer des Rechtsstreits derart betagt oder auflösend bedingt, daß sie nach Rechtskraft des Scheidungsurteils nicht mehr für Rückstände vollstreckt werden könnte. Der Unterhaltsberechtigte kann vielmehr auch nach Eintritt dieser Rechtskraft die im Laufe des Rechtsstreits fällig gewordenen Unterhaltssummen beitreiben, für die er bereits bis dahin hätte zwangsweise Befriedigung suchen können.

6. Aufhebung der Verfügung. OLG. **21** 87 (Braunschweig). Da infolge der die Ehefrau zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Entscheidung feststeht, daß die Frau ohne Grund getrennt lebt, war die formal noch wirksame einstweilige Verfügung betreffend die Zahlung einer Unterhaltsrente seitens des Mannes an die Frau aufzuheben.

§ 628. **RG.** R. **10** Nr. 3567. Der Urteilsausspruch über Erledigung der Hauptsache durch den Tod und Aufhebung des bedingten Endurteils der Vorinstanz ist mangels Parteistreit hierüber keine Entscheidung zur Hauptsache.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§ 640. 1. OLG. München JDR. **8** jetzt auch OLG. **21** 244.

2. BuschsZ. **40** 326 (LG. Darmstadt). Wird mit der Feststellungsklage des Kindes nicht unmittelbar dessen Unehelichkeit geltend gemacht, so liegt eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses vor, welche den Beschränkungen des § 1593 BGB. nicht unterliegt. Die Unehelichkeit wird nur mittelbar geltend gemacht.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 655. Literatur: v. Boxberger, ZBlFG. **11** 393, 394.

*v. Boxberger. Der Sachverständige ist zu einem Ausspruch über den Sinn des Gesetzes — § 6 Ziff. 1 BGB. — und dessen Anwendung auf den Krankheitsfall nicht berufen. Er hat sich lediglich über den Geisteszustand des zu

Entmündigenden, also über ein tatsächliches medizinisches Verhältnis, nämlich darüber auszusprechen, ob der zu Entmündigende nach den Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft an Geisteskrankheit oder Geistesschwäche leidet und ob er infolge des einen oder des anderen Zustandes seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Die Anwendung des Gesetzes auf das ärztliche Gutachten ist alsdann lediglich Sache des Entmündigungsrichters.

§ 664. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2869. Im Anfechtungsprozesse kommen prozessuale Mängel des amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens nicht in Betracht. Der Anfechtungsprozeß hat sich nur mit der Frage zu beschäftigen, ob der vom Amtsrichter erlassene Entmündigungsbeschluß materiell gerechtfertigt sei.

2. **RG.** JW. **10** 821, R. **10** Nr. 3051. Stirbt der Entmündigte während des Anfechtungsprozesses, so ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt. Vorliegend mußte aber das auf Abweisung der Anfechtungsklage lautende Urteil des Landgerichts aufrechterhalten bleiben, weil die gegen dieses Urteil vom Kläger bei seinen Lebzeiten eingelegte Berufung wirkungslos war.

§ 666. Abs. 3. **RG.** JW. **10** 821, R. **10** Nr. 3052, 3053 betrifft die Urteilszustellung und Einlegung der Berufung seitens des Entmündigten, wenn ihm der Staatsanwalt und der beigetretene Antragsteller gegenüberstehen.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Vorbemerkung: Zwei durch die Novelle 1909 hervorgerufene Streitfragen sind in § 697 Nr. 2 und § 699 behandelt.

§§ 688 ff. Literatur: Becker, Das Mahnverfahren nach der Novelle zur ZPO. während der Übergangszeit, DJZ. **10** 338. — Im übrigen s. die Zusammenstellung der allgemeinen Literatur zur Novelle 1909 vor § 495.

Becker, DJZ. **10** 338, prüft die Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen (§§ 689, 691, 692, 693, 696 ff., 700) auf ein am 1. April 1910 anhängiges Mahnverfahren.

§ 697. Literatur: Frohmuth, Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, JW. **10** 985. — Levison, Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, JW. **10** 986. — Rieß, Die Zulässigkeit eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten im Falle des § 697, JW. **10** 796. — Schrödter, Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, JW. **10** 987. — v. Seuffert, Die Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht, BuschsZ. **40** 210.

1. v. Seuffert, BuschsZ. **40** 210 ff. Wenn wegen ausschließlicher Zuständigkeit der Landgerichte durch die Verhandlung zur Hauptsache das Amtsgericht nicht zuständig geworden ist, können die Parteien auch noch nach der Verhandlung zur Hauptsache den Verweisungsantrag stellen. Hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung die Verurteilung des Beklagten beantragt, der Beklagte die Unzuständigkeit zwar geltend gemacht, aber zur Hauptsache verhandelt, so kann sowohl der Kläger als auch der Beklagte die Verweisung noch beantragen. Der Verweisungsantrag kann nicht nur in Verbindung mit dem Zahlungsbefehlgesuch oder mit dem Widerspruche gegen den Zahlungsbefehl, sondern auch gesondert gestellt werden, solange noch keine mündliche Verhandlung beantragt ist. Wird dem Verweisungsantrage stattgegeben, so gilt der Rechtsstreit mit der Zustellung an beide Parteien, also erst mit der letzten Zustellung als bei dem Landgericht anhängig. Ist einem im Gesuch über Erlassung des Zahlungsbefehls gestellten Verweisungsantrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung stattgegeben, so liegt darin keine Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit, das Landgericht ist also nicht gehindert, sich für örtlich unzuständig zu erklären und die Klage von hier abzuweisen. — Vgl. auch oben §§ 276, 505 Nr. 1, 506.

2. Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren. a) Rieß, JW. 10 796. Wenn bei Ansprüchen, die zur Zuständigkeit des Landgerichts gehören, weder der Kläger noch der Beklagte Verweisung beantragen und in dem vor dem Amtsgericht anberaumten Termine der Beklagte ausbleibt, so ist die Zuständigkeit zu prüfen und bei Verneinung die Klage durch Endurteil abzuweisen. Rieß bedauert dieses Resultat, hält aber eine andere Auslegung mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte für unmöglich. Ebenso Stein, Kommentar zur Novelle 145, 146.[3] AM. Struckmann-Koch und Remelé. b) Ebenso Schrödter, JW. 10 987, nur mit dem Unterschiede, daß der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils zurückzuweisen sei. c) Dagegen Frohmuth, JW. 10 985, und d) Levison, JW. 10 986, welche nach dem Wortlaute des Gesetzes die Zulässigkeit des Versäumnisurteils bejahen.

3. Dittenberger, Praxis der Prozeßnovelle, JW. 10 923. Dittenberger bekämpft eine dort mitgeteilte Entscheidung des LG. Cleve v. 12. August 1910, daß, wenn das Amtsgericht nach Eingang des Widerspruchs den Beklagten befragt, ob er nicht mit Rücksicht auf die Höhe der 600 M. übersteigenden Forderung die Verweisung an das Landgericht beantragen wolle und der Beklagte nun erst den Antrag stellt, das Amtsgericht auch dann noch die Sache ohne Verhandlung durch Beschluß an das Landgericht zu verweisen habe; die Konstruktion des Landgerichts, der Verweisungsantrag sei als Ergänzung des Widerspruchs und daher als genügend im Sinne des § 697 Abs. 2 mit dem Widerspruche verbunden anzusehen, sei gegenüber dem Wortlaut überaus gekünstelt und würde dazu führen, daß jeder Mangel einer Prozeßhandlung durch nachträgliche Ergänzung würde geheilt werden können.

4. Fortwirkung der Armenrechtsbewilligung bei Verweisung s. § 505 Nr. 5.

§ 699. Kann das Gesuch auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls gleichzeitig mit dem Gesuch auf Erlaß des Zahlungsbefehls gestellt werden? a) Für die Zulässigkeit. α. JW. 10 773/4 (LG. Insterburg). Der Wortlaut des § 699 Abs. 1 gibt keinen Anhalt dafür, in welchem Zeitpunkte das Gesuch des Gläubigers, den Zahlungsbefehl für vorläufig vollstreckbar zu erklären, frühestens gestellt werden darf, die Verbindung der Anträge auf Erlaß des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls ist daher zulässig. β. JW. 10 636 (LG. Neiße). Der bedingte Antrag, den Zahlungsbefehl, wenn Widerspruch nicht erhoben wird, für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wird entgegen der scheinbaren Praxis einzelner Amtsgerichte für zulässig erachtet. γ. JW. 10 922/3 (LG. Dresden). δ. JW. 10 727/8 (AG. Neiße). b) Gegen die Zulässigkeit der Verbindung. α. JW. 10 774 (LG. Leipzig). Der Antrag auf Erteilung des Vollstreckungsbefehls kann nicht schon im Gesuch um Erlaß des Zahlungsbefehls gestellt werden, anderenfalls eine ähnliche Bestimmung wie in dem § 696 Abs. 2 und § 697 Abs. 2 auch in den § 699 hätte aufgenommen werden müssen. β. JW. 10 728 (LG. Wiesbaden). γ. BreslauAK. 10 32 (LG. Schweidnitz). δ. JW. 10 689 (LG. Mainz).

§ 703. JW. 10 689 Nr. 23, KGBl. 10 60 (LG. I Berlin). Für den Antrag auf Verweisung an das LG. gilt § 88 Abs. 2. Das Gericht ist also zur Prüfung der Legitimation verpflichtet. § 703 ist nicht anwendbar (aM. Gaupp-Stein § 703).

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

§ 706. 1. a) Michels, DJZ. 10 527. Da nach §§ 102 ff. GVG. in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juni 1909 jedes Rechtsmittel gegen Entscheidungen

der Amtsgerichte an die Kammer für Handelssachen geht, wenn der Berufungskläger oder Beschwerdeführer dies in der Berufung oder Beschwerde beantragt, so muß dem Gerichtsschreiber des Amtsgerichts, von dem ein Rechtskraftzeugnis über ein erstinstanzliches Urteil verlangt wird, außer dem Notfristattest des Gerichtsschreibers der Zivilkammer ein solches des Gerichtsschreibers der Kammer für Handelssachen beigebracht werden. — Dagegen b) Meyer, DJZ. **10** 823. Es ist nur ein Notfristattest erforderlich. Der darum angegangene Gerichtsschreiber muß sich — zumal bei Materienteilung — darüber Gewißheit verschaffen, daß auch bei anderen Abteilungen eine Berufung nicht eingegangen ist. Es empfiehlt sich, eine Generalliste für alle Berufungen bei demselben Gerichte zu führen. c) Kalthoff, DJZ. **10** 1346. Bei jedem Gerichte besteht nur eine Gerichtsschreiberei (§ 154 Satz 1 GVG.). Die Zerlegung in Abteilungen ist beim Landgerichte Sache des Landgerichtspräsidenten. Dieser hat einem — oder mehreren — Gerichtsschreibern die Ausstellung des Notfristattestes zu übertragen. Mangels besonderer Dienstanweisung liegt dem Gerichtsschreiber eine Verpflichtung zur Nachforschung in anderen Abteilungen nicht ob. Eine Generalliste dürfte nur bei Materienteilung geboten erscheinen. Bei anderweitiger Geschäftsverteilung werden nie mehr als höchstens zwei Abteilungen in Frage kommen.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1626. Gegen ein auf mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren gegen Abweisung einer einstweiligen Verfügung ergangenes Urteil eines OLG. findet nicht weitere Beschwerde, sondern Revision statt (**RG.** **52** 270). Der Gerichtsschreiber des Reichsgerichts hat daher auf Verlangen Notfristattest dahin zu erteilen, daß eine Revisionsschrift nicht eingegangen sei.

§ 707. (§ 719). **RG.** GruchotsBeitr. **54** 679, SächsRpflA. **10** 69, BayRpflZ. **10** 408, R. **10** Nr. 150. Auf die ZwV. aus einem gerichtlichen Vergleiche (§ 794 Nr. 1) finden §§ 707, 719 keine Anwendung (§ 795), können auch keine Anwendung finden, weil es sich bei einem Vergleich um keinen nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel handelt und auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder ein außerordentliches Rechtsmittel nicht denkbar ist. Ebensowenig kann § 769 in Frage kommen, wenn der Kl. die Beseitigung des Vergleichs im anhängigen Rechtsstreite verfolgt.

§ 708. Nr. 7. Oppler, DJZ. **10** 725. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist bei oberlandesgerichtlichen Urteilen auch nach der Novelle vom 22. Mai 1910 nur bei Urteilen auf Leistung, Duldung oder Unterlassung auszusprechen, nicht aber bei solchen auf Feststellung oder Klagabweisung. Die abweichende Ansicht des **RG.** JW. **06** 273, welche unter „vollstreckbar" „rechtswirksam" versteht, führt dagegen dazu, daß alle Endurteile des OLG. ohne Rücksicht auf ihren Inhalt für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Oppler erörtert sodann die Entscheidung der OLG. über die vorläufige Vollstreckbarkeit in den möglichen Einzelfällen. S. a. zu § 711 und JDR. **5** §§ 708 ff. Nr. 2.

§ 710. Literatur: Mosler, Die Höhe der Sicherheitsleistung bei vorläufig vollstreckbarem Urteil, JW. **10** 887—889.

1. a) Mosler spricht sich gegen die vom **RG.** **66** 305 angeregten Zweifel und gegen KGBl. **08** 73 (KG.) und Crönert, R. **08** 799, für die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeit „gegen Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrags" aus. b) PosMSchr. **10** 20 (Posen). Regelmäßig ist es unzulässig, eine Sicherheitsleistung in Höhe des jedesmal beizutreibenden Betrags anzuordnen. Dagegen ist es zulässig, wenn das Urteil auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist, die Sicherheit für die einzelnen Leistungen, namentlich, soweit sie erst in Zukunft fällig werden, gesondert zu bestimmen und damit ausnahmsweise eine Teilvollstreckung zu ermöglichen (vgl. Budenius, DJZ. **05** 644).

2. KGBl. **10** 61 (KG.). Falls der preußische Fiskus als Kläger obsiegt, ist das Urteil in jedem Falle ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Gemäß § 7 HinterlO. vom 14. März 1879 geht eine Geldsicherheit in das Eigentum des Fiskus über. Eine Hinterlegung bei sich selbst ist ein Unding. Ebenso OLG. **11** 96 (KG.) s. JDR. **4** § 710 Nr. 3.

§ 711. Dieser Paragraph ist durch das RGes. vom 22. Mai 1910 (RGBl. 767) gestrichen. — DJZ. **10** 264 werden die schon BraunschwZ. **09** 186, R. **09** Ziff. 3605/6, s. JDR. 8 § 711 Nr. 1a veröffentlichten widersprechenden Entscheidungen zweier ZSen. des OLG. Braunschweig über die Frage mitgeteilt, ob auch klagabweisende Urteile des OLG. gemäß § 711 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können. — Bejahend jetzt auch R. **10** Nr. 961 (Frankfurt). ➠ Die Entscheidungen behalten Bedeutung für den jetzigen § 708 Nr. 7. Red. ⟵

§ 713. 1. ElsLothJZ. **10** 225 (Colmar). § 713 Abs. 2 bezieht sich nicht auf den Fall, in welchem das Urteil auf Grund der zweiten Alternative des § 710 für vorläufig vollstreckbar erklärt wird. S. a. JDR. § 713 **4** 1, **6** 1, 8 1.

2. BuschsZ. **40** 114 (Colmar). Jede bei einer landesgesetzlich zur Entgegennahme von Sicherheitsleistungen bestimmten öffentlichen Hinterlegungsstelle vorgenommene Hinterlegung ist als ordnungsmäßig anzusehen.

§ 715. 1. SchlHolstAnz. **10** 13 (Kiel). Hat ein Prozeßbevollmächtigter behufs Vollstreckung eines gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteils diese Sicherheit in eigenem Namen geleistet, so bedarf er für den Antrag aus § 715 auf Rückzahlung der Sicherheit nach Rechtskraft des Urteils einer Prozeßvollmacht nicht.

2. ThürBl. **57** 251 (Jena). Die Tätigkeit des Rechtsanwalts der Instanz bei Stellung eines Antrags auf Rückgabe der Sicherheit nach § 715 wird durch die Prozeßgebühr abgegolten. Über die Streitfrage vgl. JDR. § 715 **1** Nr. 3, **3** Nr. 3, **4** Nr. 3, **5** Nr. 2, **6** Nr. 2a.

§ 717. 1. **a)** *Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Der prozeßordnungsmäßige, aber materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb ist privatrechtlich widerrechtlich, weil er publizistisch zwar formgerecht, aber unberechtigt ist. Unberechtigt und rechtswidrig ist auch die prozeßordnungsmäßige, aber materiell ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung des Staates. Rechtmäßig sind dagegen die Handlungen der Vollstreckungsorgane, die dem Vollstreckungstitel gegenüber zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet sind. Entwickelung der Vollstreckungsgegenklage (§ 767) als einer Klage, die auf Widerruf des in dem Vollstreckungstitel steckenden unbedingten Vollstreckungsbefehls gerichtet ist. **b)** *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 117/24. Der Grundgedanke der Schadensersatzansprüche wegen ungerechtfertigter Vollstreckung ist: Nur die auf Grund richtigen Titels erfolgten Vollstreckungshandlungen des Gläubigers und die auf dieser Grundlage vom Gläubiger veranlaßten Handlungen der Vollstreckungsorgane sind materiell-rechtlich rechtmäßig. Dieser Grundgedanke ist im § 717 Abs. 2 aus prozeßrechtlichen Gründen stark verschleiert, im § 302 Abs. 4 tritt er am deutlichsten hervor.

2. Abs. 2. RheinA. **107** I 227 (Cöln). Die Voraussetzungen des § 717 Abs. 2 sind rein formale. Schadensersatz kann danach nicht gefordert werden, wenn das vollstreckbare Urteil nach Erledigung der Hauptsache nur im Kostenpunkt abgeändert wird. Dies gilt auch dann, wenn in den Gründen ausgeführt wird, daß, wenn sich die Sache nicht inzwischen erledigt hätte, auch in der Hauptsache ein abänderndes Urteil ergangen wäre.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1281. Hat der Beklagte zur Erzielung der Einstellung der ZwV. aus dem Berufungsurteil eine Sicherheit hinterlegt, so kann er in

der Revisionsinstanz die Verurteilung des Gegners zur Einwilligung in die Herausgabe der Sicherheit verlangen (**RG. 27** 44, **64** 283).

4. OLG. 21 104, R. **10** Nr. 3996 (Hamburg). Der Kläger, der zur Rückerstattung der beigetriebenen Urteilssumme verurteilt, dem aber auf Antrag gemäß § 713 Abs. 4 nachgelassen ist, die Vollstreckung durch Hinterlegung einer Sicherheit abzuwenden, kann nicht verlangen, daß als Sicherheit die Summe verwendet werde, die er für Vollstreckung des ersten aufgehobenen Urteils gemäß § 710 hinterlegt hat. Denn diese Summe dient dem Beklagten als Sicherheit für den ihm durch die Vollstreckung erwachsenen Schaden.

5. KGBl. **10** 37 (KG. 13. Sen.). Nach § 655 Abs. 2 aF. war anerkannten Rechtens, daß eine Aufrechnung gegen den Erstattungsanspruch unzulässig sei (**RG. 34** 355, JW. **95** 201). Da durch die Änderung des Erstattungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch, wie die Motive erkennen lassen, nicht eine Minderung, sondern ein wirksamerer Schutz der Rechte des Beklagten herbeigeführt werden sollte (JW. **07** 521), so ist auch jetzt die Zulässigkeit der Aufrechnung jedenfalls dann zu verneinen wenn mit dem Antrag aus § 717 Abs. 2 nur Rückerstattung des Gezahlten verlangt wird. Ebenso OLG. **15** 274 (KG. 5. Sen.).

§ 718. 1. a) OLG. 21 88 (Königsberg). Da nach § 714 der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils vor Schluß der erstinstanzlichen Verhandlung gestellt sein muß, so kann er ➠ abgesehen von dem Falle des § 534. Red. ⇠ in der Berufungsinstanz nicht nachgeholt werden. — Dagegen b) OLG. 21 88 (KG.). Aus der Fassung des § 718 ist nicht zu entnehmen, daß die Vorabentscheidung, abgesehen von den Fällen des § 534, nur über einen schon im ersten Rechtsgange gestellten Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit erfolgen darf. S. a. JDR. § 718 **5** 2, **7** 1, **8**.

2. OLG. 21 104 (Hamburg). § 718 bezieht sich nicht auf die Bestimmung der Art der ihrer Höhe nach festgesetzten Sicherheitsleistung. Vielmehr liegt die Bestimmung der Art der Sicherheitsleistung — erforderlichenfalls durch nachträglichen Beschluß — demjenigen Gericht ob, welches die Höhe der Sicherheit bestimmt hat, gleichviel ob der Rechtsstreit bereits in höherer Instanz schwebt.

3. PosMSchr. **10** 20 (Posen). Die Vorabentscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit gemäß § 718 erfolgt durch provisorisches Teilurteil (Gaupp-Stein), da es unabhängig von der Frage ergeht, ob die Entscheidung der ersten Instanz in der Hauptsache richtig ist, und abzuändern ist, sofern sich ergibt, daß es mit der Entscheidung des Berufungsgerichts in der Hauptsache nicht im Einklange steht.

§ 719. 1. Heine, LeipzZ. **10** 538. Die Vorschrift, daß bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil die ZwV. aus demselben gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werden kann, findet auch auf Urteile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden (§ 708 Nr. 5), Anwendung. **RG. 25** 401. Eine Vollstreckung, des den Arrest aufhebenden Urteils und die einstweilige Einstellung dieser ZwV. ist jedoch nicht denkbar, wenn der Arrest lediglich die Sicherheitsleistung des Arrestschuldners zur Folge hatte.

2. **RG.** SeuffBl. **10** 517, JW. **10** 69, BayRpflZ. **10** 118, WarnE. **3** 73, R. **10** Nr. 355. Die ZwV. aus einem rechtskräftigen, unter Vorbehalt der Rechte des Bekl. erlassenen Wechselurteile kann weder aus §§ 707, 717, 719 noch nach §§ 769, 770 eingestellt werden. Zur Sicherung des Verurteilten wegen des ihm nach § 600 Abs. 2 event. zustehenden Rückerstattungsanspruchs kann eine einstweilige Verfügung aus § 940 (weil kein Rechtsverhältnis von gewisser Dauer in Frage kommt) nie, eine solche aus § 935 nur unter ganz besonderen Um=

ständen (wenn es sich um die als Individualleistung zu betrachtende Unterlassung einer bestimmten Vollstreckungshandlung handelt) in Frage kommen. Das regelmäßige Sicherungsmittel ist der Arrest (RG. JW. 96 22, 01 722, GruchotsBeitr. 39 1156, RG. 56 15). — Ebenso SchlHolstAnz. 10 316 (Kiel). S. a. JDR. § 719 6 3, 8 2.

§ 722. R. 10 Nr. 4148 (Stuttgart). Für die Klage eines in Frankreich domizilierten Franzosen gegen seine im Inlande wohnende Ehefrau auf Erlassung des Vollstreckungsurteils zu der Entscheidung eines französischen Gerichts, daß die Kinder der Parteien für die Dauer des Scheidungsprozesses der Obhut des Mannes anzuvertrauen seien, besteht im Inlande kein Gerichtsstand, da nach französischem Rechte (Art. 7 Abs. 1 EGBGB.) die Ehefrau den Wohnsitz des Mannes teilt, auch wenn sie von ihm getrennt lebt.

§ 724. RG. GruchotsBeitr. 54 1154, JW. 10 241, BayRpflZ. 10 135, SächsRpflA. 10 338, PosMSchr. 10 20, NaumburgAK. 10 29, WarnE. 3 178, R. 10 Nr. 1135, 1136. Ist durch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil des Oberlandesgerichts die Berufung gegen ein landgerichtliches Urteil zurückgewiesen, so ist es, wenn der Inhalt der vollstreckbaren Entscheidung sich aus dem Berufungsurteil allein nicht ersehen läßt, sowohl zulässig, das landgerichtliche Urteil mit der Vollstreckungsklausel zu versehen und in der Klausel anzuführen, daß die Entscheidung durch oberlandesgerichtliches Urteil aufrechterhalten und für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, als die Vollstreckungsklausel für das Berufungsurteil zu erteilen und in die Klausel die Formel des landgerichtlichen Urteils aufzunehmen.

§ 726. 1. KGBl. 10 51 (KG.). Auch die Zug-um-Zugleistung ist eine Tatsache, von der die ZwV. abhängig gemacht ist. Der Abs. 2 § 726 ist mithin eine Ausnahme von Abs. 1. Daraus folgt, daß Abs. 1 für alle Fälle gilt, wo Abs. 2 nicht durchgreift, d. h. auch für alle Fälle der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Ist also der Bekl. verurteilt, Zug um Zug gegen Zahlung einer Summe ein Grundstück aufzulassen, so darf die Vollstreckungsklausel nach § 730 nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. S. auch zu § 756.

2. BadRpr. 10 104 (LG. Mosbach). Während bei einer Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung aus § 322 Abs. 2, 3 BGB. der nach § 726 Abs. 1 ZPO. erforderliche Nachweis sich aus dem Urteile selbst ergibt, trifft dies bei einem Vergleiche desselben Inhalts nicht zu. Denn ein solcher Vergleich schließt die Feststellung, daß der Schuldner im Verzuge der Annahme ist, nicht ein. Der Gläubiger muß also, wenn er den Nachweis, daß er geleistet hat oder der Schuldner in Annahmeverzug ist, in der vorgeschriebenen Form nicht erbringen kann, nach § 731 auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage erheben (Gaupp-Stein [9] § 726 Anm. III, Seuffert [9] Anm. 2 ebenda).

§ 727. 1. a) BayRpflZ. 10 63 (München). Ist ein Handelsgeschäft mit der Firma veräußert (§ 22 HGB.), so ist der Erwerber Rechtsnachfolger i. S. des § 727 auch bezüglich eines Urteils, das der bisherige Inhaber über sein Firmenrecht gegen Dritte erstritten hat. b) BayObLG. 11 221, BayRpflZ. 10 198, ZBlFG. 11 40, SeuffBl. 10 529, R. 10 Nr. 1629. Ebenso wie der Pfändungsgläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 ist, obwohl auch bei ihm die Überweisung zur Einziehung keine Übertragung der Forderung enthält (RG. 20 421, 57 329), ist auch der Pfandgläubiger, der durch Vertrag ein Pfandrecht erworben hat, Rechtsnachfolger im Sinne des § 727, sobald er die Einziehungsberechtigung nach § 1282 BGB. hat. c) BayRpflZ. 10 388 (München) tritt der herrschenden Ansicht bei,

daß der Konkursverwalter Rechtsnachfolger i. S. des § 727 ist (BayRpflZ. **06** 107, **RG. 53** 8, OLG. **16** 322, Planck, ZPrRecht II 660, Seuffert, Gaupp. S. a. JDR. § 727 5 2, **6** 3e). Die Entscheidung, ob wegen des Verbots im § 14 KO. eine Vollstreckung aus der angeordneten Vollstreckungsklausel überhaupt zulässig ist, liegt dem Vollstreckungsorgane, nicht dem Gerichte, das die Klausel umschreibt, ob. **d)** OLG. **20** 332 (Dresden). Zur ZwV. in das nach § 332 StPO. beschlagnahmte Vermögen eines Angeschuldigten bedarf es einer Umschreibung der Klausel gegen den bestellten Güterpfleger als den bezüglich dieses Vermögens gesetzlichen Vertreter (**RG. 11** 188).

2. **a)** HessRspr. **10** 148 (LG. Darmstadt). Zur Vollstreckung gegen einen nach Beendigung des Rechtsstreits bestellten Abwesenheitspfleger (§ 1911 BGB.) bedarf es der Umschreibung der Klausel nicht, da dieser gesetzlicher Vertreter, nicht Rechtsnachfolger ist. **b)** ZBlFG. **11** 42 (Dresden). Zu dem Schuldtitel gegen eine offene Handelsgesellschaft kann auch nach Auflösung der Gesellschaft keine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Gesellschafter erteilt werden. Es bedarf vielmehr wie während des Bestehens der Gesellschaft, so auch nach deren Auflösung eines besonderen gegen die Gesellschafter gerichteten Schuldtitels, da diesen sonst die Möglichkeit zur Geltendmachung der ihnen für ihre Person zustehenden besonderen Einwendungen abgeschnitten würde (OLG. **14** 169, Gaupp-Stein Anm. 5, Petersen-Anger Anm. 5d zu § 727, Falkmann 188f., Goldmann Anm. 20 zu § 129 HGB., aM. nur Staub [8] Anm. 23 zu § 124 HGB.; OLG. **3** 345 (KG.) betraf einen anderen Fall).

3. O. Stölzel, JW. **10** 609. Wird in erster Instanz B. zur Zahlung verurteilt und dann, nachdem er verstorben ist, die Berufung gegen dieses Urteil „in Sachen gegen die B.schen Erben" zurückgewiesen, so ist die vollstreckbare Ausfertigung entweder in der Weise zu erteilen, daß der Gerichtsschreiber die laut Berufungsurteil eingetretene Rechtsnachfolge in der Person des Schuldners ausdrücklich in einer zu dem ersten Urteil erteilten Klausel anführt, dieses Urteil also alsbald gegen die Erben ausfertigt, oder daß er die Klausel ohne weiteres unter die beiden mit Schnur und Siegel verbundenen Urteile setzt. Eines Nachweises der Rechtsnachfolge gemäß § 727 bedarf es nicht.

4. (§ 124.) BraunschwZ. **10** 86 (Braunschweig). Hat die eine Partei die dem unterlegenen Gegner auferlegten Kosten bereits für sich festsetzen lassen, so kann nicht daneben ihr Anwalt noch aus § 124 Abs. 1 einen Kostenfestsetzungsbeschluß erwirken. Er kann aber den Vollstreckungstitel nach § 727 auf sich umschreiben lassen. Ebenso schon der nochmals abgedruckte Beschluß OLG. **13** 120 (Braunschweig) JDR. **5** § 124 Nr. 4. Nur wenn der Anwalt den für die Partei erwirkten Titel zurückreicht, kann er auch aus § 124 selbständig einen Festsetzungsbeschluß für sich erwirken.

§ 730. HessRspr. **11** 52 (LG. Gießen). Für die Ablehnung des Gesuchs um Erteilung der Vollstreckungsklausel braucht der Gerichtsschreiber eine Anordnung des Vorsitzenden nicht einzuholen.

§ 732. 1. OLG. **20** 333 (Hamburg). In dem Verfahren gemäß § 732 ist nicht zu prüfen, ob die aus dem Titel sich ergebende Forderung zurzeit noch besteht oder etwa durch nachträglich eingetretene Ereignisse erloschen ist.

2. OLG. **20** 332 (Breslau). Solange nicht die Vollstreckungsklausel gemäß § 732 oder durch Klage nach § 768 beseitigt ist, ist sie für das Vollstreckungsorgan maßgebend. Diesem steht insbesondere eine Nachprüfung der Zulässigkeit der Umschreibung der Klausel auf einen Rechtsnachfolger nicht zu.

§ 733. SeuffA. **65** 477, R. **10** Nr. 2870 (Hamburg). Hat ein Gläubiger die Schuld beigetrieben und ist dabei der Schuldtitel dem Schuldner ausgehändigt, so kann der Gläubiger eine zweite Ausfertigung nicht mit der Begründung ver-

langen, daß er das eingetriebene Geld einem Dritten auf Grund des § 771 habe herausgeben müssen. Die Frage, ob in einem solchen Falle der Schuldner von neuem zahlen muß, ist vielmehr im ordentlichen Prozesse zu entscheiden.

§§ 737 ff. **RG.** SeuffA. **65** 33, SeuffBl. **10** 67 = JW. **09** 321 usw. s. JDR. **8** §§ 737 ff. Der zur Duldung der ZwV. in bestimmte Vermögensstücke verurteilte Beklagte ist wirklicher Vollstreckungsgegner.

§ 739. 1. OLG. **20** 334 (KG.). Auch bei Gütertrennung ist Klage gegen den Mann auf Duldung der ZwV. zulässig, wenn, wie häufig, zu erwarten ist, daß er der ZwV. gegen die Frau Schwierigkeiten in den Weg legen werde, zumal wenn der Gläubiger die Gütertrennung nicht sogleich nachweisen kann.

2. **RG. 73** 238. Ist vor der Konkurseröffnung über das Vermögen der Frau der Mann auf die Klage eines Gläubigers zur Duldung der ZwV. in das eingebrachte Gut verurteilt worden, so wirkt dieses Urteil zugunsten des Konkursverwalters gegen den Mann.

3. OLG. **20** 334 (KG.). Der Anspruch gegen den Mann auf Duldung der ZwV. steht selbständig neben dem Anspruch auf Leistung gegen die Frau. Der Anspruch gegen die Frau ist daher auch dem Manne gegenüber — erforderlichenfalls durch besondere Eideszuschiebung an ihn — nachzuweisen (§ 445, **RG. 53** 10).

4. ZBlFG. **10** 689 (LG. Straßburg). In Übereinstimmung mit Gaupp-Stein (8/9) zu § 739 Anm. 13, Petersen (5) zu § 739 Anm. 3, Staudinger, BGB. (3/4) zu § 1411 Anm. 1a IV — gegen Falkmann, ZwVollstr. 182, OLG. **3** 4 (KG.) — ist anzunehmen, daß die Verurteilung des Mannes zur Duldung der ZwV. in das Eingebrachte der Frau nicht dadurch ersetzt wird, daß er neben der Frau als Gesamtschuldner zur Leistung verurteilt ist. — S. a. JDR. § 739 **1** II 1, **4** 2, **5** 2, **6** 2.

5. BayNotZ. **11** 24 = SeuffBl. **09** 768, BayJMBl. **09** 510 s. JDR. **8** § 739 Nr. 1b. Gutachten der vereinigten ZS. des BayObLG. betr. die Vollstreckbarkeit von landesrechtlichen Hypothekenurkunden in das Eingebrachte der Frau.

6. BayRpflZ. **10** 315, BayNotZ. **11** 358, SeuffBl. **10** 715 (BayObLG.). Werden nach § 50 BayNotG. Notariatskosten gegen eine Ehefrau festgesetzt, so ist das Gericht nicht befugt, darüber zu entscheiden, ob der Ehemann wegen dieser Kosten die ZwV. in das eingebrachte Gut zu dulden hat.

7. HessRspr. **11** 103 wird im Sprechsaal ausgeführt, daß es unzulässig sei, im Zahlungsbefehle den Ehemann zur Duldung der ZwV. in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu verurteilen.

8. SächsOLG. **31** 342, SeuffBl. **10** 582 (Dresden). Pfändet der Gerichtsvollzieher auf Grund eines nur gegen die Frau gerichteten Vollstreckungstitels Gegenstände des eingebrachten Gutes, so steht dem Manne auch dann Erinnerung nach § 766 zu, wenn die Eheleute getrennt leben und sich jene Gegenstände im alleinigen Gewahrsam der Frau befinden.

§ 740. **RG.** R. **10** Nr. 3997 — unter Bestätigung von OLG. **21** 228 (Königsberg). Durch § 740 wird eine Klage gegen die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau nicht ausgeschlossen. Dem Kläger kann auch, wenn er die Frau verklagt, nicht ohne weiteres Veranlassung überflüssiger Kosten vorgeworfen werden. — Ebenso PosMSchr. **10** 167 (Posen).

§ 741. NaumburgAK. **10** 92 (LG. Stettin). Der für die Anwendbarkeit des § 741 maßgebende Zeitpunkt ist, wie schon die Wortfassung („betreibt") ergibt, die Vornahme der ZwV., nicht die Erlassung des Urteils.

§ 747. **RG.** R. **10** Nr. 3231. Der Nachlaßgläubiger kann auf Grund eines gegen alle Erben erwirkten Urteils die ZwV. in den Nachlaß, d. h. in jeden Nachlaßgegenstand, also auch in eine Forderung gegen einen Miterbenschuldner betreiben.

§ 750. 1. Wolff, R. **10** 655. Tritt nach Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung der betreibende Gläubiger seinen Anspruch ab, so muß dem Vollstreckungsgerichte die Umschreibung der Vollstreckungsklausel und die Zustellung der ihr zugrunde liegenden Urkunden nachgewiesen werden. (AM. Korsch, R. **09** 173.) Die Zurückweisung des neuen Gläubigers — z. B. weil die Zustellung nicht nachgewiesen ist — bedarf eines besonderen Beschlusses, die Zulassung nicht. Den Beteiligten ist von dem Eintritte des neuen Gläubigers Mitteilung zu machen (§ 41 Abs. 2 ZVG.).

2. KGBl. **10** 107 (LG. I Berlin). Bei gleichzeitiger Erteilung des Auftrags zur Zustellung und zur ZwV. ist der Auftrag zur ZwV. nur als unter der Bedingung erteilt zu erachten, daß vor Ausführung des Auftrags die Voraussetzungen für den Beginn der ZwV. erfüllt werden, und auch nur unter dieser Bedingung der Anspruch auf eine Gebühr für den ZwVAuftrag erwachsen.

§ 751. PosMSchr. **10** 47, SeuffA. **65** 341 (Posen). Wird eine Hinterlegungserklärung nachträglich berichtigt, so muß dem Vollstreckungsorgan in der Form des § 751 Abs. 2 nachgewiesen werden, daß die berichtigende Erklärung der Hinterlegungsstelle gegenüber abgegeben und der urkundliche Nachweis hierfür dem Schuldner zugestellt ist.

§ 756. RheinA. **107** I 224 (Cöln) hält es für angebracht, wenn der Bekl. zur Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung gekaufter Sachen verurteilt, aber bereits festgestellt ist, daß sich der Bekl. im Annahmeverzuge befindet (§ 322 BGB.), diese Feststellung in den Tenor des Urteils aufzunehmen, da sie die Tragweite der Entscheidung selbst berührt, also über die bloße Bedeutung einer Urteilsbegründung hinausgeht. S. hierzu **RG.** JDR. 8 § 756.

§ 758. KGBl. **10** 100 (LG. II Berlin). Der Gläubiger hat kein Recht, bei der ZwV. in der Behausung des Schuldners gegen dessen Willen anwesend zu sein.

§ 763. OLG. **20** 335 (Hamburg) führt aus, daß es überaus zweifelhaft sei, ob im § 763 Abs. 2 unter „Orte" der ZwV. die „Ortschaft" oder die „Stelle" zu verstehen sei, und kommt deshalb, ohne zu der Frage selbst bestimmt Stellung zu nehmen, zu dem Ergebnisse, daß dem Gerichtsvollzieher jedenfalls keine Fahrlässigkeit zur Last falle, wenn er — gegen Gaupp-Stein und Franz (BuschsZ. **35** 437) — das letztere annehme.

§ 764. Literatur: du Chesne, Das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan, ZBlFG. **11** 1—14.

du Chesne behandelt die Grenzbeziehungen zwischen den die Schuldtitel schaffenden bzw. an ihrer Durchsetzung beteiligten Organen des zivilprozessualen Verfahrens (Prozeßgericht, Vollstreckungsgericht) und dem Grundbuchamt, insbes. in den Fällen der §§ 894, 866, 941 ZPO. und der §§ 19, 130 ZVG.

§ 766. Literatur: du Chesne, Einwendungen aus § 766 und Klage aus § 771 ZPO. gegen Eintragung einer Zwangshypothek. SächsRpflA. **10** 85—87.

1. a) SeuffBl. **10** 79 (München). Der Begriff „Art und Weise der ZwV." ist ausdehnend auszulegen; er ist nicht auf das „Wie" der zulässigen ZwV. beschränkt, sondern bezieht sich auch auf die Frage der Zulässigkeit der ZwV. überhaupt, soweit nicht der mit der ZwV. verfolgte Anspruch selbst bestritten wird. (Vgl. **RG. 23** 367, **29** 76 wegen des Einwandes der derzeitigen Unzulässigkeit der ZwV.). Mit der h. M. ist deshalb — gegen Gmelin ZBlFG. **7** 361 und Kretzschmar-SeuffBl. **72** 627, ZwVRecht § 17 Ziff. 1 u. SeuffBl. **72** 627 (Dresden) — anzunehmen, daß auch gegen den die ZwVersteigerung eines Grundstücks anordnenden Beschluß zunächst Erinnerung aus § 766 gegeben ist. **b)** HessRpr. **11** 101 (Darmstadt). § 766 will alle Einwendungen behandeln, die sich weder gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel noch gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst

richten (Reincke [4] §§ 764—766 Anm. IV 1 $\alpha\gamma$, OLG. **11** 320 (KG.). § 766 findet daher auch Anwendung, wenn geltend gemacht wird, daß die ZwV. zum Zwecke der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft deshalb unzulässig sei, weil die Teilung in Natur stattfinden könne.

2. **a)** SeuffBl. **10** 79 (München). Wird auf den Antrag eines Miteigentümers die Versteigerung eines Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft angeordnet (§ 180 ZVG.), so sind hiergegen alle Einwendungen, die sich auf den — auch von Amts wegen (§ 28 ZVG.) zu berücksichtigenden — Inhalt des Grundbuchs stützen und alle Einwendungen, durch welche geltend gemacht wird, daß die Aufhebung der Gemeinschaft überhaupt nach dem Gesetz einseitig nicht verlangt werden könne, im Wege des § 766 verfolgen. Dagegen kann die Behauptung, die Aufhebung der Gemeinschaft sei durch eine nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Vereinbarung ausgeschlossen, nur durch Klage nach § 767 geltend gemacht werden. (Vgl. Eccius, GruchotsBeitr. **47** 634, Drescher, ZwVerst. z. Zw. d. Aufh. der Gemeinschaft § 5 III 3, 4.) Wird die Unzulässigkeit der ZwV. damit begründet, daß die Teilung in Natur möglich sei (§ 752), so ist nicht nur der Weg der Widerspruchsklage nach § 771 (so die Mehrzahl der Schriftsteller), sondern auch Einwendung nach § 766 zulässig (Jaeckel-Güthe, ZVG. § 181 Anm. 4, Wolff § 181 Anm. 1). **b)** OLG. **20** 338 (Königsberg). Die Einwendung des Schuldners, die — bei Zug-um-Zug-Leistungen — nach § 756 angebotene Leistung sei mangelhaft, betrifft nicht den Anspruch selbst, sondern das Verfahren bei der Vollstreckung, ist daher im Wege der Erinnerung nach § 766 geltend zu machen. **c)** KGBl. **10** 6 (KG.). Werden entgegen § 811 Nr. 4 landwirtschaftliche Früchte, die zur Fortführung der der Ehefrau des im gesetzlichen Güterstande lebenden Schuldners gehörigen Wirtschaft gehören, gepfändet, so hat die Ehefrau lediglich Einwendung aus § 766, nicht Widerspruchsklage aus § 771. Ein die Veräußerung hinderndes Recht steht ihr an den Früchten nicht zu, da diese mit der Trennung Eigentum des Mannes geworden sind. **d)** SeuffA. **65** 127 (Braunschweig). Zieht der Konkursverwalter ohne Hilfe des Gerichtsvollziehers Sachen des Erben zum Nachlaßkonkurse, so ist der Erbe nicht auf Einwendungen gemäß § 766 beschränkt, sondern zur Klage berechtigt. [Ebenso **RG. 37** 398, Jaeger, KO. [2] § 1 Anm. 50, Petersen-Kleinfeller, KO. [4] § 1 Anm. 1, Wilmowski-Kurlbaum [6] § 1 Anm. 23, Petersen, ZPO. [5] § 766 Anm. 4, Ötker, BuschsZ. **25** 17, Hagen, IheringsJ. **42** 111. AM. Hellmann, Lehrb. 454 § 41, Kohler, Leitf. d. KR. [2] 236 § 48, Seuffert, Konk. Prozr. 280, Wolff, BuschsZ. **22** 227, SeuffA. **51** Nr. 249 (Stuttgart), OLG. **4** 165 (Breslau)].

3. **a)** du Chesne. Gegen die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek findet nicht Erinnerung aus § 766, sondern die Rechtsmittel der §§ 71 ff. GBO. mit den dort (§ 71 Abs. 2) gegebenen Einschränkungen statt. **b)** R. **10** 1282 (Nürnberg). Hat das LG. auf Beschwerde des Gläubigers den Pfändungsbeschluß bezüglich einer Forderung erlassen, so steht dem Schuldner hiergegen nicht der Weg der Erinnerung nach § 766 beim Amtsgericht als Vollstreckungsgericht offen, sondern nur das Rechtsmittel der weiteren sofortigen Beschwerde an das OLG. **c)** ElsLothJZ. **10** 349 (Colmar). Die Rückforderung richtig berechneter und bezahlter Gerichtsvollziehergebühren kann nicht durch eine Erinnerung oder Beschwerde, sondern soweit sich die Sache nicht im Wege der Dienstaufsicht erledigt, nur durch Klage im ordentlichen Verfahren erfolgen.

4. **a)** SeuffBl. **10** 654 (Dresden). Erinnerungen aus § 766 stehen nicht nur dem Schuldner, sondern jedem Dritten zu, dessen Recht (Interesse) durch das gerügte Verfahren verletzt wird (**RG. 34** 380, Francke, BuschsZ. **5** 205 ff., Falkmann, ZwV. [2] 374, Seuffert Anm. 2 **d**, Petersen-Anger Anm. 1 zu § 766). Ein solches rechtliches Interesse hat regelmäßig der Drittschuldner einer

gepfändeten Forderung nicht. Hat er irrtümlich trotz der Pfändung an den Schuldner gezahlt, so begründet dies nur ein tatsächliches, mit der Art und Weise der ZwV. in keinerlei Zusammenhang stehendes, aber kein rechtliches Interesse an der Aufhebung der unvorschriftsmäßigen Pfändung. **b)** OLG. **20** 338 (Cöln). Erinnerungen gemäß § 766 kann jeder an der ZwV. Interessierte erheben. **c)** BadRpr. **10** 91 (Karlsruhe). Ein Dritter, der sich auf ein durch die ZwV. verletztes Recht nicht stützen kann, ist auch zu Einwendungen nach § 766 nicht berechtigt. **d)** SchlHolstAnz. **10** 208 (Kiel). Die Aktivlegitimation des Schuldners zur Erhebung von Einwendungen wegen Unpfändbarkeit des gepfändeten Gegenstandes wird nicht dadurch beseitigt, daß der Schuldner den Gegenstand verkauft; denn er muß seinem Käufer den Gegenstand frei von Rechten Dritter verschaffen. ➞ § 434 BGB. Red. ⟵

5. FrankfRundsch. **44** 87 (LG. Frankfurt a. M.). Verlegt der Schuldner, während die ZwV. im Gange ist, seinen Wohnsitz in einen anderen Gerichtsbezirk, so hat über die Zulässigkeit der bis dahin vorgenommenen Vollstreckungshandlungen dasjenige Gericht als Vollstreckungsgericht zu entscheiden, in dessen Bezirke diese Vollstreckungshandlungen vorgenommen worden sind.

6. SchlHolstAnz. **10** 276 (Kiel). Über eine Erinnerung gegen die Art und Weise der ZwV. ist auch dann sachlich zu entscheiden, wenn im Laufe des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens die ZwV. beendet ist.

7. ElsLothJZ. **35** 641 (Colmar). Eine Verbindung des Rechtsbehelfs aus § 766 mit einer Widerspruchsklage (§ 771) in demselben Verfahren ist wegen der ausschließlichen Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts § 802 für ersteren unzulässig.

§ 767. 1. Über die Natur der Klage s. Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, oben zu § 717 Nr. 1 a.

2. **a)** OLG. **20** 339 (Hamm). Die Abrede, daß vertragsgemäß für die eingeklagte Schuld bestimmte Vermögensstücke nicht haften sollten, betrifft den Anspruch selbst, ist daher im Wege der Klage aus § 767 geltend zu machen. Die Einwendung entsteht erst in dem Augenblicke, wo der Gläubiger der Abrede zuwider jene Gegenstände bei der ZwV. angreift. Eines Vorbehalts der Haftungsbeschränkung im Urteile bedurfte es nicht. ➞ Wohl mit Recht wird aaO. hiergegen geltend gemacht, daß ebenso wie der Einwand der Stundung auch der der gegenständlichen Beschränkung der Haftung bei Vermeidung des Verlustes im Rechtsstreite selbst geltend gemacht werden müsse. Red. ⟵ **b)** OLG. **20** 374 (Naumburg). Gegen den Zessionar eines vollstreckbaren Anspruchs kann auch dann Klage aus § 767 erhoben werden, wenn jener die Klausel noch nicht auf seinen Namen hat umschreiben lassen und der bisherige Gläubiger auf Grund seiner formellen Legitimation die ZwV. noch weiter betreibt. ➞ aaO. wird hiergegen unter Hinweis auf die abweichende h. M. — Falkmann, ZwV. 436 Anm. 79, Gaupp-Stein § 771 Anm. 79, Seuffert Anm. 4 b, Petersen Anm. 9 — mit Recht hervorgehoben, daß ein obsiegendes Urteil dem Schuldner insofern wenig nützen würde, als es gegen den tatsächlich betreibenden Gläubiger nicht vollstreckbar wäre. Red. ⟵

3. OLG. **21** 88 (KG.). Wird dem Klaganspruch ein Anspruch aus einem vollstreckbaren Titel aufrechnungsweise entgegengesetzt, so ist der Kläger berechtigt, replicando im anhängigen Rechtsstreite Verzicht auf diese vollstreckbare Forderung einzuwenden. §§ 767, 797 stehen nicht entgegen, da es sich nicht um die Vollstreckung aus dem vollstreckbaren Titel handelt.

4. **a)** **RG.** LeipZ. **10** 231, WarnE. **3** 74. Der Konkursverwalter, der mit einer der Konkursmasse zustehenden Forderung gegen die von einem Konkursgläubiger angemeldete Forderung aufrechnen will, muß dies bei Vermeidung des im § 767 angedrohten Rechtsnachteils spätestens im Prüfungstermine, welcher der im § 767 Abs. 2 vorgesehenen mündlichen Verhandlung gleichsteht, tun. Auch der Gemeinschuldner, der nach Beendigung des Konkurses gegen die ZwV. aus dem vollstreckbaren

Konkurstabellenauszuge Gegenklage aus § 767 erhebt, muß die Unterlassung des Konk.-Verw. gegen sich gelten lassen. **b)** **RG.** R. **10** 1418. Der verurteilte Schuldner kann die Unmöglichkeit der Leistung nicht mehr geltend machen, wenn die Unmöglichkeit bereits während des Prozesses eingetreten und von ihm damals die Geltendmachung versäumt worden ist.

5. a) OLG. **20** 338 (Hambnrg). Es wird dahingestellt gelassen, ob Einwendungen, die durch Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß verfolgt werden konnten, nach §§ 767 Abs. 2, 795 noch zur Begründung einer Vollstreckungsgegenklage zu verwenden sind (Gaupp-Stein II zu § 795; dagegen: Petersen **1 c** zu § 795). Jedenfalls können im Festsetzungsverfahren nur Einwendungen, welche die Höhe der zu erstattenden Kosten betreffen, in Frage kommen. Alle übrigen können nur durch Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. **b)** ElsLothJZ. **35** 290 (Colmar) = R. **09** Nr. 3137, s. JDR. **8** § 767 Nr. 6 b. Unanwendbarkeit des § 767 Abs. 1 auf Vollstreckungsgegenklagen gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse.

6. Hahn, R. **10** 624. Der vom ordentlichen Gerichte rechtskräftig zum Schadensersatz an den verletzten Arbeiter verurteilte Unternehmer kann die Vollstreckungsgegenklage noch nicht erheben, wenn später nach dem GewUVG. festgestellt wird, daß ein Betriebsunfall vorliegt. Was dagegen die Berufsgenossenschaft auf Grund solcher Feststellung leistet, leistet sie an Stelle des Unternehmers; dieser kann daher insoweit Tilgung seiner Schuld im Wege des § 767 geltend machen.

7. SeuffBl. **10** 614 (München) betr. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Einstellung der ZwV. aus der vollstreckbaren Urkunde einer Verwaltungsbehörde nach bayerischem Rechte und Zulässigkeit der ZwVGegenklage in einem solchen Falle (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 BayAGZPO. u. KO.).

8. PosMSchr. **10** 189 (Posen). Die Vollstreckungsgegenklage muß nach §§ 176, 178 dem für den Vorprozeß bestellten Prozeßbevollmächtigten des Gegners zugestellt werden. Dieser Mangel kann nach § 295 durch Nichtrüge geheilt werden. Eine Nachholung der ordnungsmäßigen Zustellung ist nur zuzulassen, wenn dadurch die Rechte des Gegners nicht beeinträchtigt werden.

9. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1110, JW. **10** 709, BayRpflZ. **10** 312, WarnE. **3** 311, R. **10** Nr. 2635. Neben der Klage aus § 767 ist eine selbständige Klage aus unerlaubter Handlung wegen vertragswidriger oder arglistiger Ausnutzung der Rechtskraft im Gerichtsstande des § 32 zulässig. **b)** Über das Wesen der Rechtskraft und die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten vgl. auch § 322. **c)** OLG. **20** 340 (KG.). Mit der herrschenden Meinung (**RG. 59** 305, Gaupp-Stein, Seuffert) ist gegen Falkmann, ZwV. 384 Nr. 7, anzunehmen, daß neben der Vollstreckungsgegenklage eine Feststellungsklage dahin zulässig ist, daß ein Anspruch überhaupt nicht mehr besteht. Denn diese geht weiter wie jene lediglich auf die Unzulässigkeit der ZwV. gerichtete Klage. — S. a. JDR. § 767 **3** Abs. 2 Nr. 2, **5** III 1.

§ 768. OLG. **20** 340 (KG.). Gegenüber der Klage aus §§ 767, 768 wegen Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel kann nicht eingewendet werden, daß die Klausel zwar z. Z. ihrer Erteilung unzulässig war, nachträglich aber — infolge inzwischen eingetretener Fälligkeit der Forderung — zulässig geworden sei. Solche späteren Umstände rechtfertigen nur die Erteilung einer neuen Klausel.

§ 769. 1. **RG.** JW. **10** 829, LeipzZ. **10** 775, R. **10** Nr. 3393 hält an der schon mehrfach (**RG. 25** 407, SeuffA. **50** 476, JW. **95** 225) ausgesprochenen Ansicht fest, daß bei der Verfolgung von Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen (§ 767), Anträge auf Einstellung oder Aufhebung der ZwV. nur nach § 769 zulässig sind, einstw. Verf. zu diesem Zwecke aber nicht ergehen dürfen. Dies gilt auch bei ZwV. aus anderen vollstreckbaren Schuldtiteln (§§ 795, 797 Abs. 4, 5).

Die Anordnung aus § 769 ist auch schon vor Beginn der ZwV., sofern diese nur droht, zulässig. — S. a. unten zu § 771 Nr. 9 u. JDR. § 769 **1** 8.

2. ElsLothJZ. **10** 347 (Colmar). Die zwecks Einstellung einer ZwV. hinterlegte Sicherheit soll dazu dienen, die Befriedigung der etwa aus der Einmischung des Dritten für den Gl. entstehenden Ansprüche zu sichern. Ob solche Ansprüche entstehen, richtet sich nach materiellem Rechte. Nach diesem ist weder die Erwirkung der Einstellung der ZwV. noch die Erhebung der Widerspruchsklage, wenn sie sich nachträglich als unbegründet erweisen, an sich eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung; sie ist es nur unter den Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB. (Ebenso Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen-Anger.)

3. OLG. **20** 341 (KG.). Einstellungsbeschlüsse aus § 769 sind zwar formeller Rechtskraft fähig. Da es sich aber um vorläufige Entscheidungen handelt, ist ihre Abänderung wegen nachträglich eingetretener Umstände nicht unzulässig. Ebenso OLG. **20** 341 (Hamburg).

4. OLG. **21** 100 (KG.). Im Verwaltungszwangsverfahren nach der V. v. 15. November 1899 findet eine gerichtliche Einstellung der ZwV. gemäß §§ 767, 769 nicht statt. Soweit über die Verbindlichkeit zur Entrichtung des beizutreibenden Betrags der Rechtsweg zulässig ist, findet die Klage ohne Rücksicht darauf, ob eine Vollstreckung erfolgt ist oder nicht und ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit der Einwendungen statt.

5. Abs. 2. ElsLothJZ. **35** 199 (LG. Colmar). Die Entscheidung des Prozeßgerichts (§ 769 Abs. 2) ist nicht dem Vollstreckungsgerichte, sondern dem Gläubiger, der die ZwV. betreibt, oder seinem Vollstreckungsbeamten „beizubringen" (OLG. **9** 118).

§ 770. a) OLG. **20** 341 (Düsseldorf). Aus Wortlaut und Zweck der §§ 769, 770 folgt, daß die Anordnungen nur einstweilige sind, d. h. nur bis zur Verkündung des Instanzurteils gelten sollen. Die Anordnung fällt deshalb mit der Erlassung dieses Urteils von selbst weg, auch wenn keine ausdrückliche Entscheidung aus § 770 ergeht. **b)** ElsLothJZ. **35** 131 (Colmar). Wird die Widerspruchsklage in erster Instanz abgewiesen, so kann die in dieser Instanz nach § 769 eingestellte ZwV. ohne weiteres fortgesetzt werden.

§ 771. Literatur: Voß, Klagbitte, Urteilsformel und Vollstreckungslage bei der Pfändungsanfechtung, LeipzZ. **10** 189—198, 266—275.

1. a) Voß aaO. Die gegen eine Pfändung gerichtete Anfechtungsklage des Konkursverwalters oder eines Gläubigers nach Maßgabe des AnfG. verfolgt kein „die Veräußerung hinderndes Recht" i. S. des § 771 ZPO., sondern ein besonders gestaltetes „Entreißungsrecht" (269). Immerhin gehört solche Anfechtungsklage zu den Vollstreckungsgegenklagen im weiteren Sinne. Klagbitte und Urteilsformel sind deshalb auf Einstellung der ZwV. zu richten, womit sich nach § 775 Nr. 1 die Aufhebung der Pfändung von Rechts wegen ergibt. Aus dieser Natur der Klage folgt ferner die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen nach §§ 769, 770 (270). Dagegen ist die Zuständigkeitsvorschrift des § 771 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung nicht geeignet (271). — S. auch unten zu 4 u. JDR. **3** § 771 Abs. 1 I 4, **7 II 2 d.** **b)** Bischofswerder, KGBl. **10** 58. Ist auf Grund eines gegen zwei Streitgenossen ergangenen, nur gegen den einen rechtskräftig gewordenen Urteils im Wege der ZwV. gegen beide Streitgenossen eine dem noch nicht rechtskräftig verurteilten Streitgenossen gehörige Sache gepfändet, so steht diesem Streitgenossen, nachdem er die Einstellung der ZwV. gegen sich erwirkt hat, die Widerspruchsklage wegen der gegen den anderen Streitgenossen fortgesetzten ZwV. zu. AM. LG. III Berlin aaO.: Da die ZwV. gegen den Intervenienten nur eingestellt ist, ist er für diese ZwV. nicht Dritter, sondern Schuldner.

2. Anwendungsfälle. a) **RG.** R. **10** Nr. 1627. Ist die Sicherheitsabtretung von Mietzinsen nicht unter der Resolutivbedingung erfolgt, daß nach Erledigung des Zweckes der Sicherheitsabtretung die Mietzinsen **ipso jure** dem Eigentümer wieder zufallen sollen, so kann auf Grund der Sicherungsabtretung auch dann noch wirksam Widerspruchsklage erhoben werden, wenn der Sicherungszweck bereits erledigt ist. **b)** OLG. **20** 342 (Rostock). Der Käufer eines Grundstücks ist nach der Übergabe berechtigt, dem noch als Eigentümer eingetragenen Verkäufer die Herausgabe des Grundstücks zu verweigern (§ 986 BGB.). Dies ist ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. des § 771. Der Käufer hat deshalb die Widerspruchsklage gegen die nach der Übergabe erfolgte Eintragung einer Zwangssicherungshypothek für einen persönlichen Gläubiger des Verkäufers. Da die Eintragung noch keine Befriedigung des Gläubigers darstellt, ist auch die ZwV., gegen die sich die Widerspruchsklage richtet, noch nicht beendet (**RG. 4** 143). **c)** SächsOLG. **31** 197 (Dresden). Wird geltend gemacht, daß die gepfändete Forderung nicht dem Schuldner, sondern dem Kläger zustehe, so ist hierfür nur der Weg des § 771, nicht der des § 766 gegeben. S. auch JDR. **3** § 771 Abs. 1 I 5. **d) RG.** R. **10** Nr. 1628. Zur Widerspruchsklage aus dem Rechte der offenen Handelsgesellschaft ist auch deren Liquidator legitimiert. **e)** SeuffBl. **10** 720 (Dresden). Auch gegen die Pfändungsankündigung gemäß § 845 ist Widerspruchsklage zulässig, da jene einen Akt der ZwV. darstellt (Gaupp-Stein Anm. II 2 zu § 771, Seuffert Anm. 3a zu § 845, OLG. **11** 185). Ebenso unten Nr. 6. S. auch u. zu § 804.

3. Anwendung verneint. **a) RG.** R. **10** Nr. 4149. Ein nur den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot entzieht dem Eigentümer nicht die Befugnis zur Verfügung über den Gegenstand und ist daher nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771. **b)** OLG. **20** 343, ZBlFG. **10** 639, SächsOLG. **31** 199 (Dresden). Nimmt der Zwangsverwalter Zubehörstücke eines Grundstücks, die einem Dritten gehören, in Benutzung, so steht dem Dritten nicht die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. gegen den betreibenden Gläubiger, sondern nur die Klage aus § 985 bzw. 1004 BGB. gegen den Zwangsverwalter zu. § 55 Abs. 2 ZVG. kommt für das Zwangs**verwaltungs**verfahren nicht in Betracht. **c)** SeuffA. **65** 212, R. **10** Nr. 550 (Braunschweig). Der Inkasso-Zessionar kann regelmäßig nicht Widerspruch gegen die Pfändung der Forderung erheben. Denn diese ist materiell aus dem Vermögen des Abtretenden nicht ausgeschieden (**RG. 53** 417, **52** 216; dagegen Oertmann Schuldv. [2] Vorb. 3 vor § 398 BGB.). Eine Ausnahme ist jedoch zu machen, wenn der Zessionar die Forderung schon eingeklagt hat und wegen seines Anspruchs auf Erstattung der Kosten ein eigenes Interesse an der Forderung hat (**RG. 53** 419, R. **08** Beil. II 79 Nr. 458).

4. **a) RG.** GruchotsBeitr. **54** 1156, LeipzZ. **10** 226. Das RG. hat in feststehender Praxis den Konkursverwalter, der eine Pfändung als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ansicht, auf den Weg der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. verwiesen, mittels deren er ein an dem Gegenstande der ZwV. bestehendes, dessen Veräußerung hinderndes Recht geltend macht (**RG. 18** 393, **30** 397, **40** 372, Gruchots Beitr. **38** 180, 492, LeipzZ. **08** 609). Hieran ist festzuhalten. Dies ist auch maßgebend für die Berechnung des Streitwerts. Zur Anwendung gelangt also § 6, so daß, falls nicht der Wert der Pfandstücke geringer ist, der Betrag der Forderung maßgebend ist, wobei indessen Nebenforderungen gemäß § 4 außer Betracht bleiben. **RG. 10** 393, **26** 412, JW. **99** 423. **b)** WürttJ. **22** 288, OLG. **20** 344, LeipzZ. **10** 242, WürttJ. **22** 288 = R. **09** Nr. 2500 (Stuttgart), s. JDR. **8** § 771 Nr. 7 b. Anfechtungsklage aus §§ 29 ff. KO. gegen eine Pfändung. Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich danach, ob nach der Begründung eine reine Anfechtungsklage oder zugleich eine Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. vorliegt. Vgl. dazu Jaeger, KO. (3/4) Anm. 17 zu

§ 29; WürttJ. **12** 232; Hartmann-Meikel, AnfG. 43 sowie **RG.** JW. **94** 122, 427; **95** 202, **01** 330; GruchotsBeitr. **38** 180,492; **RG. 18** 393, **40** 371, **42** 343.

5. SchlHolstAnz. **10** 224 (Kiel). Gegenüber der Widerspruchsklage aus § 771 gegen die Pfändung einer Forderung kann der Pfändungsgläubiger nicht geltend machen, daß die streitige Forderung durch Aufrechnung getilgt sei. Er würde sich dadurch mit seinem eigenen Verhalten, das er durch die Pfändung und die Aufrechterhaltung derselben betätigt hat, in Widerspruch setzen, überdies eine nur dem Drittschuldner zustehende Einwendung (der Tilgung) geltend machen.

6. NaumburgAK. **10** 66 (Naumburg). Auch die Pfändungsankündigung (§ 845) ist bereits eine Zwangsvollstreckungshandlung [Gaupp-Stein § 771 III 1, OLG. **19** 8 (KG.)], für die Widerspruchsklage gegen sie daher der ausschließliche Gerichtsstand des § 771 begründet. Als Gericht, in dessen Bezirke die Pfändungsankündigung erfolgt, ist dasjenige anzusehen, in dessen Bezirke die Zustellung der Verpfändung an den Drittschuldner stattfindet (Gaupp-Stein aaO.).

7. du Chesne, SächsRpflA. **10** 85, hält an der von ihm (Festschr. d. Jurist. Ges. zu Leipzig zum Jubil. d. Univ. Leipzig 81 ff.) vertretenen Ansicht fest, daß bei der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek die ZwV. mit der Eintragung beendigt ist. Gleichwohl ist Klage aus § 771 noch zulässig, da diese Klage nur durch eine durch Befriedigung beendete ZwV. — nicht durch eine durch bloße Sicherung beendete — ausgeschlossen wird.

8. **RG.** FrankfRundsch. **43** 110 = R. **09** Nr. 3416, s. JDR. **8** § 771 Nr. 2 **c**. Wer auf Grund der Abtretung gegen eine spätere ZwV. in die Forderung Widerspruchsklage nach § 771 erhebt, braucht den Bestand der abgetretenen Forderung nicht nachzuweisen.

9. Abs. 3. OLG. **21** 89 (Königsberg). Zur Sicherung des Rechtes des Widerspruchsklägers aus § 771 ist nur einstweilige Einstellung der ZwV., nicht Erlaß einer einstw. Verf. zulässig. Der auf letztere gerichtete Antrag kann wegen der völligen Verschiedenheit der Maßregeln (Rechtsbehelfe dagegen!) nicht als Antrag auf Einstellung der ZwV. aufgefaßt werden.

10. NaumburgAK. **10** 35 (LG. Halle). Für die dem Intervenienten durch die ungerechtfertigte Pfändung entstandenen Kosten haftet — bei Erledigung des Widerspruchs durch Freigabe vor Klagezustellung — der Pfändungsgläubiger nicht nach den Sondervorschriften über Verletzung des Herausgabeanspruchs durch den Besitzer (§§ 987 ff. BGB.), sondern nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. aaO., **RG. 61** 431).

§ 775. Nr. 4. OLG. **20** 345, BuschsZ. **40** 494, SeuffA. **65** 296, R. **10** Nr. 551 (Kassel). Die ZwV. wegen einer Forderung ist einzustellen, wenn der Schuldner diese Forderung des Gläubigers gegen sich selbst pfänden und sich überweisen läßt. Denn dadurch wird der Gläubiger gehindert, irgendwie über die Forderung zu verfügen, sie insbesondere einzuziehen und im Wege der ZwV. beizutreiben. Die Pfändung und Überweisung hat mindestens die gleiche Wirkung wie eine Stundung seitens des Gläubigers, so daß der Beschluß unter die im § 775 Nr. 4 bezeichneten Urkunden zu rechnen ist. (Vgl. Gaupp-Stein § 775 Anm. II 4, **RG. 33** 290, SeuffA. **56** Nr. 170.) — S. auch JDR. § 775 **1** 2, **4**.

§ 776. OLG. **21** 105 (KG.). Wird der eine Vollstreckungsmaßregel aufhebende Beschluß in der Beschwerdeinstanz seinerseits aufgehoben, so lebt die Vollstreckungsmaßregel nicht von selbst wieder auf, muß vielmehr erneut vorgenommen werden. (**RG.** GruchotsBeitr. **52** 1148 läßt die Entscheidung hierüber dahingestellt.) Wil der Kläger verhindern, daß eine Arrestpfändung infolge der Aufhebung des Arrestes durch Urteil aufgehoben wird, so muß er die einstweilige Einstellung der Vollstreckung aus dem Urteile nach § 719 beantragen (**RG. 25** 401).

§ 780. (§ 91.) R. **10** Nr. 1419 (Braunschweig). Der unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß kostenpflichtig verurteilte Erbe haftet für die Prozeßkosten auch mit seinem sonstigen Vermögen.

§ 788. 1. **a)** PosMSchr. **10** 48 (Posen). Unter Kosten der ZwV. im Sinne des § 788 fallen nur solche, die für Vollstreckungsakte entstanden sind, welche das 8. Buch der ZPO. aufführt (sogen. Kosten der Vollstreckung im engeren Sinne). Zu diesen gehören u. a. auch die Kosten einer Zwangseintragung gemäß § 867 Abs. 1, nicht dagegen diejenigen, die durch eine gemäß § 894 erfolgende Eintragung in das Grundbuch, Handelsregister, Standesamtsregister usw. entstehen. Ebensowenig die Kosten einer auf Grund eines Pfändungs- u. Überweisungsbeschlusses betriebenen Erbauseinandersetzung. **b)** **RG.** R. **10** Nr. 2394. Zu den nach § 788 erstattungsfähigen Kosten können u. U. auch Reisekosten einer Partei zur Einsicht eines Teilungsplans und seiner Unterlagen gerechnet werden. Ferner (**RG.** R. **10** Nr. 2395:) die Kosten von Katasterauszügen für einen später zurückgenommenen Vollstreckungsantrag, wenn sie einem neuen Antrag wieder zugrunde lagen. **c)** NaumburgAK. **10** 81 (Naumburg). Die Kosten der Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek, welche durch Umschreibung des Pfandgrundstücks auf den Namen des Schuldners entstehen, sind nicht erstattungsfähig, wenn es nach § 41 GBO., §§ 327 Abs. 2, 748 ZPO., § 2213 BGB. der Umschreibung nicht bedarf. — Ist Nachlaßkonkurs nicht eröffnet, so treffen die später aus der ZwV. in den Nachlaß erwachsenden Kosten nur den Nachlaß, nicht mehr den Erben persönlich.

2. SeuffA. **65** 213 (Rostock). § 788 findet auch bei ZwV. aus einem Anerkenntnisurteil Anwendung, selbst wenn dem Gläubiger nach § 93 die Prozeßkosten auferlegt sind (Seuffert Anm. 1d zu § 788). Es ist aber auch hier jedesmal zu prüfen, ob die ZwVKosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. So ist bei Holschulden besonders zu prüfen, ob es gerechtfertigt war, einen Gerichtsvollzieher mit der Abholung zu beauftragen.

3. PosMSchr. **10** 19 (Posen). § 788 findet auf Kosten der ZwV. in der Beschwerdeinstanz keine Anwendung. Der Anspruch auf Erstattung solcher Kosten setzt vielmehr einen besonderen zur ZwV. geeigneten Titel voraus, der eine Entscheidung über die Kosten trifft. (Vgl. Gaupp-Stein § 575 Anm. II 4.)

4. **a)** Laessig, JW. **10** 894. Da die §§ 91 ff. allgemein für die Kosten der ZwV. gelten (Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 697 aF., Reincke Anm. 2a zu § 788), so findet auch § 100 Abs. 4 Anwendung. Als Gesamtschuldner verurteilte Beklagte haften daher auch für die Kosten der ZwV. als Gesamtschuldner. Dagegen **b)** PosMSchr. **10** 48 (Posen). Da eine dem § 100 Abs. 4 entsprechende Bestimmung im § 788 fehlt, so kann ein Gesamtschuldner nicht mit Kosten belastet werden, die durch die lediglich gegen einen anderen Gesamtschuldner gerichtete Vollstreckungsmaßnahme entstanden sind (OLG. **5** 119, **16** 326).

5. Neumann, R. **10** 842. Die Festsetzung der Vollstreckungskosten erfolgt, soweit diese auf Grund des Urteils erfolgt, durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts erster Instanz, wenn es sich dagegen um die Kosten eines selbständigen Verfahrens innerhalb der Vollstreckung handelt, durch den Gerichtsschreiber des Vollstreckungsgerichts. Werden aber die Kosten der ZwV. in einer Sache, in welcher die Vollstreckung dem Gerichte zusteht, zugleich mit dem Anspruche beigetrieben, so hat das Vollstreckungsgericht selbst den Ansatz zu prüfen und danach die Kosten in die zu erlassende Entscheidung aufzunehmen. Dementsprechend sind auch die Rechtsbehelfe verschieden: Erinnerung aus § 104 Abs. 3, § 766, sofortige Beschwerde nach § 793, gegen den Kostenansatz im Verteilungsverfahren sogar Klage. Diese Anomalie wäre nur dadurch zu beseitigen, daß man auch gegen den Kostenansatz des Vollstreckungsrichters stets nur Erinnerung in Analogie des § 766 Abs. 2 zuließe.

§ 791. SächsRpflA. **10** 287 (LG. Freiberg). § 791 setzt voraus, daß die ausländischen Behörden die von einem deutschen Gerichte gegebenen Vollstreckungstitel im Wege der Rechtshilfe vollstrecken. Eine solche Rechtshilfe wird von den österreichischen Gerichten nicht mehr gewährt, da nach §§ 79 ff. der Exekutionsordnung v. 27. Mai 1896 eine Vollstreckung ausländischer Titel nur nach einem von den österreichischen Behörden vorzunehmenden Prüfungsverfahren stattfindet.

§ 792. OLG. **20** 346, KGJ. **38** A 155 (KG.). Die Erteilung eines Erbscheins darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil diejenigen Personen, gegen die die Vollstreckung stattfinden soll, im Urteil oder in der Vollstreckungsklausel nicht nach § 750 namentlich bezeichnet sind oder weil der Schuldtitel an sonstigen die ZwV. hindernden Mängeln leidet. Gerade die Erwirkung einer dem § 750 entsprechenden Klausel nach § 750 soll ermöglicht werden.

§ 793. 1. BuschsZ. **40** 111 (Cassel). Abweisende Beschlüsse im ZwVVerfahren sind materieller Rechtskraft nicht fähig [Mot zu § 701 aF., SeuffA. **44** 472 (Dresden)]. Der zurückgewiesene Antrag kann daher, auch ohne daß neue Tatsachen beigebracht werden, erneuert werden. AM. Falkmann, ZwV. (2) § 26 aE.

2. BraunschwZ. **10** 108 (Braunschweig). Für die rechtliche Beurteilung der im landesrechtlich geregelten Verwaltungszwangsverfahren vorkommenden Ereignisse dürfen nur diejenigen Bestimmungen der ZPO. berücksichtigt werden, auf die das Landesrecht verweist. Danach ist gegen den einen Widerspruch des Kostenschuldners gegen die Leistung des Offenbarungseids zurückweisenden Beschluß des Amtsgerichts nach braunschw. Landesrecht nicht die sofortige, sondern die einfache Beschwerde des FGG. gegeben.

§ 794. Literatur: Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren in der Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Gierke, Bd. II. — Reichel, Vorprozessuale Vergleiche als Vollstreckungstitel, JW. **10** 141—142.

1. Nr. 1. a) Foerster, GruchotsBeitr. **54** 568. Die in einem Prozeßvergleich enthaltene Bewilligung einer Eintragung in das Grundbuch ist keine dem § 29 GBO. entsprechende Eintragungsbewilligung, da das Prozeßgericht zur Aufnahme solcher Erklärungen nicht zuständig ist. Dagegen Predari aaO. 570 ff.: Ein in den Formen der ZPO. beurkundeter Vergleich bildet dann eine dem § 29 GBO. entsprechende Eintragungsgrundlage, wenn er vor dem Prozeßgericht, einem beauftragten oder ersuchten Richter geschlossen ist. Vor einem anderen deutschen Gerichte kann eine Eintragungsbewilligung nur nach den Vorschriften über die freiwillige Gerichtsbarkeit beurkundet werden. (579.) Vollmachten der Prozeßbevollmächtigten sind vom Grundbuchamte selbständig zu prüfen. **b)** *Kuttner, 174. Der Inhalt eines Prozeßvergleichs ist für den Nachlaßrichter bei Erteilung des Erbscheins unverbindlich. **c)** HessRspr. **11** 26 (Darmstadt). Nach dem klaren Wortlaute der Ziff. 1 sind nur die nach Erhebung der Klage zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossenen Vergleiche vollstreckbare Titel, also nicht die, welche vor Klagerhebung in einem den Erlaß einer einstweiligen Verfügung betreffenden Verfahren geschlossen sind. So auch die herrsch. M. AM.: Seuffert (9) und OLG. **14** 165 (Hamburg).

2. Nr. 2. Predari, GruchotsBeitr. **54** 579. Die in einem nach § 510 geschlossenen Vergleich enthaltene Eintragungsbewilligung entspricht den §§ 19, 29 GBO.

3. Nr. 5. **a)** SächsOLG. **31** 340 (Dresden). Die von dem Vater eines unehelichen Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärte Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt ist für sich allein ein Vollstreckungstitel i. S. des § 794 Abs. 1 Nr. 5. Eine Annahme der Erklärung durch den Vormund und eine Genehmigung des Vormundes ist dazu nicht erforderlich. [Vgl. BayObLG. **3** 567, Bechmann, BayRpflZ. **05** 234, Grüber, ZBlFG. **7** 688, Falkmann (2) 76 § 7 unter 5 b] [s.

JDR. zu § 794 **4** III 1, **5** II 1, **7** II. **b)** *G r a v e n h o r s t, GruchotsBeitr. **54** 798. § 794 Nr. 5 gilt nicht für die Zwangsvollstreckung aus dem Schiffspfandrecht. Vgl. zu § 1260 BGB. **c)** P f a e f f l i n, BayRpflZ. **10** 14, wendet sich gegen die auf den Wortlaut des Art. 167 Ziff. 1 BayAGBGB. gestützte Ansicht eines LG., daß in Bayern das Gericht nur befugt sei, Verträge zwischen Kind und Erzeuger über den Unterhalt für die Z u k u n f t zu beurkunden, eine richterliche Beurkundung für r ü c k s t ä n d i g e Alimente deshalb keinen Vollstreckungstitel aus § 794 Nr. 5 darstelle.

4. A b s. 2. KGBl. **10** 52 (LG. I Berlin). Ist der Ehemann in derselben Urkunde, in der die Frau sich der sofortigen ZwV. aus einer notariellen Urkunde unterworfen hat, dieser Erklärung genehmigend beigetreten, so ist damit dem Erfordernisse des § 794 Abs. 2 genügt (§ 1412 BGB.), die Vollstreckungsklausel gegen die Frau deshalb mit dem Zusatze zu erteilen, daß der Ehemann die ZwV. in das eingebrachte Vermögen zu dulden hat.

§ 795. 1. **RG. 72** 22 = JW. **09** 731, s. JDR. **8** § 794 Ziff. 5 Nr. 1. Bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung von Urkunden der im § 794 Nr. 5 bezeichneten Art dürfen im Falle des § 726 Abs. 1 zwecks Feststellung der Vollstreckbarkeit nur solche die Leistungspflicht des Schuldners bedingende Tatsachen berücksichtigt werden, von deren Eintritt die Urkunde selbst die Leistungspflicht abhängig macht. Ebenso **RG.** JW. **10** 658, R. **10** Nr. 2396.

2. J a c u s i e l, LeipzZ. **10** 760. Hat sich der Eigentümer bei Bestellung der Hypothek in notarieller oder gerichtlicher Urkunde der sofortigen ZwV. unterworfen, so kann der Gläubiger die Vollstreckungsklausel aus dieser Urkunde auch gegen den nacheingetragenen Nießbraucher, der den Nießbrauch nach der Errichtung der Urkunde erworben hat, als Sonderrechtsnachfolger und Besitzer erwirken (§§ 794 Ziff. 5, 727, 325).

3. SächsOLG. **31** 36 (Dresden). Die zu einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde erteilte Vollstreckungsklausel rechtfertigt die ZwV. nur aus solchen Gründen, derentwegen die Klausel erteilt ist.

4. OLG. **20** 348 (Celle). Wenn auch bei Aufnahme der vollstreckbaren Urkunde der als Vertreter des Schuldners Auftretende seine V o l l m a c h t nicht nachzuweisen braucht, so muß ein solcher Nachweis im Interesse der Verkehrssicherheit doch verlangt werden, ehe eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf. Das Vorhandensein der Vollmacht ist eine Tatsache, von deren Richtigkeit die Zulässigkeit der Vollstreckung gegen den Vertretenen nach dem Inhalte der Urkunde abhängig ist. Ein Verzicht des Vertreters auf die Beibringung solchen Nachweises wäre unwirksam. Ebenso F a l k m a n n, ZwV. (1) 36, K o h l e r, ACivPr. **72** 24.

§ 797. 1. OLG. **20** 347 (Königsberg) führt gegen OLG. **5** 446 und **14** 166 (Posen, KG.) aus, daß gegen die Versagung der Vollstreckungsklausel durch einen Notar nicht die Entscheidung des Landgerichts nach Art. 51 PrFGG. angerufen werden könne, da es sich dort nur um gewöhnliche Ausfertigungen und Abschriften von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle. Ob Dienstaufsichtsbeschwerde an den Landgerichtspräsidenten zulässig sei oder nur der Klageweg (§ 797 Abs. 5) gegeben sei, bleibt dahingestellt.

2. ZBlFG. **11** 35 (KG) = OLG. **17** 335 s. JDR. **7** § 797 Nr. 1 b. Das Vollstreckungsgericht hat nicht nachzuprüfen, ob der Notar bei Erteilung der Vollstreckungsklausel mit Recht ein Rechtsnachfolge- oder Besitzverhältnis angenommen hat.

3. KGBl. **10** 60 (LG. I Berlin). Für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung einer notariellen Urkunde (§ 794 Nr. 5) ist in entsprechender Anwendung des § 797 Abs. 3 das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke der die Urkunde verwahrende Notar seinen Amtssitz hat.

4. KGBl. **10** 27 (LG. II Berlin) führt auf Grund der Entstehungsgeschichte und der Wortfassung gegen **RG. 21** 346 aus, daß § 797 sich nur auf die im § 794 Nr. 5 bezeichneten Urkunden, nicht jedoch auf Vergleiche gemäß § 794 Nr. 1 beziehe.

(Wie RG.: Petersen, Struckmann-Koch, Reincke, Hellmann. Wie LG. II: Falkmann, ZwV. [2] I 66, Gaupp-Stein [8/9] Anm. 1 zu §§ 795 und 797. S. a. JDR. § 797 **5** I 1.) Bezüglich der Vollstreckungsgegenklage (§ 767) gegen einen gerichtlichen Vergleich würde überdies die sonst nach § 797 Abs. 5 gebotene Zuständigkeit des Gerichts des allgemeinen Gerichtsstandes zu einer dem Grundsatze des § 767 widersprechenden Zerreißung des Zusammenhanges mit dem vorangegangenen Prozesse führen.

5. Abs. 3. PosMSchr. **10** 167 (LG. Danzig). Wird dem Zessionar als Rechtsnachfolger eine zweite Ausfertigung erteilt, nachdem zuvor eine solche schon dem Zedenten erteilt war, so liegt eine „weitere" im Sinne der §§ 797 Abs. 3, 733 vor, vor deren Erteilung der Notar die Entscheidung des Amtsgerichts einholen muß.

§ 799. BayRpflZ. **10** 202 (LG. Augsburg). § 799 findet auf die ZwV. aus Hypothekenurkunden des bayerischen Rechtes (§§ 127, 129 BayGAZPO., § 801 ZPO.) entsprechende Anwendung. S. auch ZwV. § 16 Ziff. 4.

§ 800. Literatur: du Chesne, Erneute Eintragung gemäß § 800 ZPO. ins Grundbuch bei Änderung der Fälligkeitsbestimmungen der Hypothek, WürttZ. **10** 97 bis 100. — Gravenhorst, Eintragungsfähigkeit der Unterwerfungsklausel in das Schiffsregister, GruchotsBeitr. **54** 798—808.

1. a) RJA. **10** 122, ZBlFG. **10** 483, KGJ. **38** A 186 (KG.). Eine entsprechende Anwendung des § 800 auf das Schiffspfandrecht (§§ 1259 ff. BGB.) ist ausgeschlossen. Dies ergibt sich einmal aus dem Zwecke des § 800, den Realkredit zu fördern — das Schiffspfandrecht verfolgt vornehmlich den Zweck, den Personalkredit zu verstärken (Mot. z. BGB. **3** 846) —, ferner daraus, daß im Gegensatze zu anderen Vorschriften (§§ 864 Abs. 1, 865 Abs. 1, 870, 931) im § 800 ein Hinweis auf das Schiffspfandrecht nicht enthalten ist, endlich aus der verschiedenen rechtlichen Bedeutung des Grundbuchs und des Schiffsregisters. — Ebenso: Gravenhorst 798, vgl. zu § 1260 BGB. **b)** BayRpflZ. **10** 368, BayNotZ. **11** 389, SeuffBl. **10** 782 (BayObLG.), § 800 findet auf Reallasten keine Anwendung, auch dann nicht, wenn diese auf Zahlung von Geldrenten gehen. Ebenso Kretzschmar, Sachenrecht § 1117 Anm. 3, Staudinger (5/6) § 1117 Anm. 2 b, Gaupp-Stein § 800 Anm. 3, Petersen, Struckmann-Koch.

2. a) du Chesne. Nur soweit der im Grundbuch angegebene Höchstbetrag durch die Neueintragung bei der Hypothek überschritten wird, bedarf es einer besonderen Eintragung der Vollstreckbarkeit gemäß § 800 bei dieser Neueintragung. Soweit sonst der materielle Bestand der Hypothek geändert wird, bedarf es einer erneuten Eintragung der Klausel nicht. Eine solche Eintragung ist überflüssig, daher unzulässig. Dies gilt insbes. auch, insoweit härtere Fälligkeitsbestimmungen vereinbart sind. Abw. HessRspr. **10** 117, s. JDR. **8** § 800 Nr. 3, KGBl. **08** 98. **b)** SächsRpflA. **10** 483 (LG. Leipzig). Unterwirft sich der Eigentümer eines Grundstücks nachträglich der sofortigen ZwV. in Ansehung einer Hypothek, so bedarf es zur Eintragung in das Grundbuch der Zustimmung der Nachhypothekarin nicht, da die Unterwerfung den zivilen Inhalt der Hypothek nicht ändert, dem Rechte vielmehr nur eine besondere Exekutivkraft beilegt.

§ 801. R. **10** Nr. 3394, SeuffBl. **10** 615 (München). Ist die Vollstreckungseinwendung (z. B. bei Umlagen) der gerichtlichen Entscheidung entzogen, kann auch eine einstw. Einstellung der ZwV. durch das Gericht nicht erfolgen.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§§ 803 ff. Literatur: Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen einen fremden Staat wird in einer Reihe von Gutachten, die in der Streitsache v. Hell-

feld wider die russische Regierung ergangen sind, erörtert. Gesondert veröffentlicht sind die Gutachten von Brie, O. Fischer, Fleischmann unter dem Titel: Zwangsvollstreckung gegen fremde Staaten und Kompetenzkonflikt, als 23. Heft der Abh. aus dem Staats- u. Verwaltungsrecht — dort S. 7 sonstige Äußerungen zu dem Streitfalle — ferner Gutachten von Kohler, Laband, Meili, v. Seuffert in Ztschr. f. Völkerrecht u. Bundesstaatsrecht IV (1910) 309—448 (Heft 4).

Kann, JW. **10** 176. Zulässig ist die ZwV. gegen einen ausländischen Staat wegen Geldforderungen in das inländische bewegliche und unbewegliche Vermögen gemäß §§ 803 ff. Unzulässig ist die Ladung eines inländischen Vertreters des fremden Staates zur Leistung des Offenbarungseids. Zulässig ist ferner die ZwV. zur Herausgabe einer im Inlande befindlichen beweglichen oder unbeweglichen Sache. Ausgeschlossen ist die Vollstreckung zur Einwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 803. Literatur: Rosenthal, Voraussetzungen der Überpfändung, KG. Bl. **10** 97—99.

a) Rosenthal, KGBl. **10** 97 ff. Der Nennwert der gepfändeten Forderung ist für die Frage, ob Überpfändnng vorliegt, bedeutungslos. Aus der Tatsache, daß der Drittschuldner trotz Pfändung und Überweisung nicht zahlt, folgt bis zu dem vom Schuldner zu erbringenden Nachweise des Gegenteils, daß die Pfändung die alsbaldige Befriedigung des Gläubigers nicht erwarten läßt. **b)** SeuffBl. **10** 186 (München). Auch wenn die zu pfändende Forderung den Anspruch des Gläubigers übersteigt, kann dieser die ganze Forderung als einheitlichen Vermögensgegenstand pfänden. **c)** KGBl. **10** 75 (LG. I Berlin). Bei Prüfung der Frage, ob Überpfändung vorliegt, sind gepfändete Forderungen so lange nach ihrem Nennwerte zu bewerten, als nicht der Gläubiger das Gericht in die Lage setzt, einen anderen Wert im Wege der Schätzung festzustellen. (Vgl. Gaupp-Stein § 803 Anm. 2.)

§ 804. OLG. **21** 105, SeuffBl. **10** 221 (München). Da nach § 804 Abs. 1 ZPO. der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand erwirbt, gelten mittelbar die Vorschriften des BGB. über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auch für das Pfändungspfandrecht. Das Pfändungspfandrecht erlischt also mit der Forderung, für welche die Pfändung erfolgte (§ 1252 BGB.). Zur Wiederherstellung des früheren Zustandes bedarf es aber beim rechtsgeschäftlichen Pfandrechte der Rückgabe der Sache (§ 1223), beim Pfändungspfandrechte der Aufhebung der Pfändung. Selbsthilfe ist ausgeschlossen. Der Schuldner hat die Rechtsbehelfe der §§ 766 bzw. 767 ZPO. Solange die Pfändung nicht aufgehoben ist, ist Widerspruchsklage (§ 771) trotz Tilgung der pfandgesicherten Forderung zulässig.

§ 805. 1. SeuffBl. **10** 654 (Hamburg) tritt der herrschenden Ansicht (vgl. Planck Anm. 2 c zu § 561 BGB.) dahin bei, daß die einmonatige Frist zu Lasten des Vermieters gegenüber einer Fortschaffung der Sachen durch den Gerichtsvollzieher nicht läuft. — S. a. JDR. § 805 **5** 1, 2, **6** 1, **7** 2, **8** 2. Auch zu § 560 BGB.

2. SächsOLG. **31** 78 (Dresden). Die Vorschrift des § 560 Satz 2 BGB., daß der Vermieter eines Grundstücks sein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters insoweit nicht geltend machen kann, als die zurückbleibenden Sachen zu seiner Sicherheit offenbar ausreichen, kommt auch dem Pfändungspfandgläubiger zustatten. Ebenso Mittelstein, Miete 201, Oertmann, Schuldverh. (2) 518, Scherer, Schuldverh. 748. ➞ Jetzt auch **RG. 71** 418, SeuffA. **65** 310; s. JDR. **8** § 805 Nr. 2 und OLG. **20** 111 (Braunschweig). Red. ⟵ AM. Planck, Metzges, GruchotsBeitr. **49** 495 ff. S. a. BGB. § 560 Ziff. 2 u. 3.

3. KGBl. **10** 18 (LG. I Berlin). Solange ein Gerichtsbeschluß aus § 805 Abs. 4 nicht vorgelegt wird, darf der Gerichtsvollzieher den Widerspruch des Vermieters gegen die Pfändung nicht berücksichtigen und den Erlös nicht hinterlegen.

§ 807. 1. SchlHolstAnz. **10** 11 (Kiel) tritt der herrschenden Ansicht — Gaupp-Stein § 807 II 1, Seuffert § 807 Nr. 3; Falkmann,

ZwV. 321, OLG. **2** 129, 359 (Hamburg, Marienwerder), NaumburgAk. **04** 92 (Jena), **05** 30 (Darmstadt), OLG. **14** 195 (Colmar), 197, 201 (KG.) — bei, daß auch auf Grund eines Arrestbefehls die Leistung des Offenbarungseids gefordert werden kann. Außer der fruchtlosen Pfändung muß aber in solchem Falle auch die Ladung zum Offenbarungseidstermin innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 erfolgen, da das Offenbarungseidsverfahren ein völlig selbständiger Teil der ZwV. ist. Dagegen braucht der Termin zur Eidesleistung nicht mehr in die Frist zu fallen. Ebenso Gaupp-Stein, Seuffert, OLG. **14** 197 (KG.). AM. OLG. **14** 195 (Dresden). — S. a. JDR. § 807 **1** 1, **3** 1b, **4** 5, **5** 3, **6** 4, **7** 2, **8** 2.

2. OLG. **20** 371, BraunschwZ. **10** 108, R. **10** Nr. 1796 (Braunschweig). Für einen prozeßunfähigen und in der Prozeßfähigkeit beschränkten Schuldner hat derjenige gesetzliche Vertreter den Offenbarungseid zu leisten, dem die Sorge für das gesamte Vermögen obliegt, also z. B. nicht ein Pfleger, der nur zur Durchführung eines bestimmten Rechtsstreits bestellt worden ist.

3. OLG. **20** 372 (München). Zu den Einkünften, die der Schuldner offenlegen muß, gehören auch die ihm für die Dauer des gesetzlichen Güterstandes zustehenden Ansprüche auf Früchte des Eingebrachten. Ob sie nach § 861 Abs. 1 Satz 2 pfändbar sind, ist gleichgültig.

4. Heckelmann, BayRpflZ. **10** 278. Die Anwendung der §§ 807, 899 ff. setzt voraus, daß dem Auskunftspflichtigen die Möglichkeit gegeben ist, seiner Offenbarungspflicht nachzukommen, daß also Vermögen, welches der Auskunftspflicht unterliegt, rechtlich vorhanden sein kann. Ist daher ein Ehemann rechtskräftig zur Duldung der ZwV. in das eingebrachte Vermögen seiner Frau verurteilt, und weist er nachträglich durch Vorlegung eines Ehevertrags und Bezugnahme auf das Güterrechtsregister nach, daß vom Beginne der Ehe an Gütertrennung bestand, so fehlt diese Voraussetzung der Eidespflicht. Anders liegt natürlich der Fall, wenn beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung tatsächlich kein eingebrachtes Gut vorhanden ist.

5. a) Brunkow, DJZ. **10** 310 bespricht zustimmend eine Entscheidung des OLG. Jena folgenden Inhalts: Eine Ehefrau hat den Offenbarungseid nach § 807 stets in bezug auf ihr gesamtes Vermögen (Vorbehaltsgut und Eingebrachtes) zu leisten. Die Erzwingung der Leistung des Offenbarungseids stellt noch keine „ZwV. in das eingebrachte Gut" i. S. des § 739 dar. Es bedarf daher für sie keiner vorgängigen Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der ZwV. b) OLG. **20** 335 (KG.). Auch auf Grund eines nur gegen sie selbst gerichteten Titels muß die Frau bezüglich ihres gesamten Vermögens — sowohl des Vorbehaltsguts wie des Eingebrachten — den Offenbarungseid leisten. Nach § 807 muß der Schuldner „sein Vermögen", d. h. sein ganzes Vermögen, vollständig angeben. Im Gegensatze zu § 883 Abs. 3 ist hier eine Änderung der Eidesnorm nicht zulässig. Überdies ist es nicht Sache der Schuldnerin, darüber zu befinden, bezüglich welcher Gegenstände das Recht ihres Mannes der Pfändung entgegensteht. (Vgl. Gaupp-Stein Anm. 36 zu § 739.) — S. a. JDR. **1** 5, **6** 2.

6. a) Fabian, DJZ. **10** 1292 ff. Fordert der Gläubiger auf Grund desselben Schuldtitels die nochmalige Leistung des Offenbarungseids durch den Schuldner, so sind dem Gerichte die Voraussetzungen des § 807 nicht von neuem nachzuweisen; bildet jedoch ein neuer Schuldtitel die Grundlage für die nochmalige Ladung, so müssen die Voraussetzungen des § 807 dargetan werden. Dagegen b) Schellmann, DJZ. **10** 1463. Der Gläubiger muß bei erneuter Ladung dem Gerichte stets von neuem nachweisen, daß die Voraussetzungen des § 807 erfüllt sind, insbes. erneut fruchtlos vollstreckt wird. Die Glaubhaftmachung neuen Vermögenserwerbes gemäß § 903 befreit den Gläubiger nicht davon, bevor er den Offenbarungseid ver-

langen kann, einen Vollstreckungsversuch in diesen Erwerb zu unternehmen. **c)** KGBl. **10** 76 (LG. I Berlin). Der Nachweis der fruchtlosen Vollstreckung kann auch durch einen viele Jahre zurückliegenden Vollstreckungsversuch geführt werden. **d)** NaumburgAK. **10** 60 (LG. Nordhausen). Der Nachweis der Voraussetzungen des § 807 kann nicht durch eine einfache Mitteilung des Gerichtsvollziehers, daß die ZwV. fruchtlos geblieben sei, sondern nur durch ein förmliches Protokoll geführt werden, das dem Gerichte die Nachprüfung ermöglicht, ob die ZwV. unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen, z. B. des § 762 ZPO. und des § 58 Abs. 5 GeschAnw., erfolgt ist.

7. **a)** HessRspr. **10** 165 (LG. Gießen). Der Arzt ist zur Aufnahme von Honorarforderungen in das Vermögensverzeichnis ohne Rücksicht auf sein Berufsgeheimnis verpflichtet. Es genügt aber die allgemeine Angabe, daß die Forderung sich auf ärztliche Behandlung gründe. **b)** **RG.** (II. Strafsen.) GoltdA. **57** 200. Gegenstände (Sachen oder Forderungen) ohne jeden Vermögenswert bedürfen nicht der Aufnahme in das Vermögensverzeichnis. **c)** Roth, R. **10** 84, empfiehlt, der Ladung zum Offenbarungseid ein Formular zu einem Vermögensverzeichnisse nach Art der bei Feuerversicherungsanträgen üblichen beizufügen, um Weiterungen im Termine zu ersparen.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. **a)** OLG. **20** 333 (Breslau). Betreibt die Frau auf ihren Namen ein Erwerbsgeschäft und ist anzunehmen, daß die in den Geschäftsräumen befindlichen Gegenstände ihr gehören, während der Ehemann nur als Geschäftsführer tätig ist, so hat der Mann keinen „Gewahrsam" an diesen Gegenständen, ist vielmehr lediglich „Besitzdiener". Eine ZwV. in diese Gegenstände gegen den Mann ist daher unzulässig. Das Recht des Mannes zur Beschwerde dagegen folgt aus § 1380 BGB., da auch bei einem mit Einwilligung des Mannes von der Frau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfte die Einrichtungsgegenstände eingebrachtes Gut bleiben. **b)** KGBl. **10** 48 (LG. I Berlin). Auch auf Grund eines nach § 741 gegen die Frau als Handels- oder Gewerbefrau zur ZwV. geeigneten Schuldtitels ist ZwV. in die im Gewahrsam des Mannes befindlichen eingebrachten Sachen der Frau ohne dessen Zustimmung nicht zulässig. Der Ehemann hat Gewahrsam an den in der Ehewohnung befindlichen Hausgerätschaften mit Ausnahme der ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau dienenden Gegenstände und solcher Sachen, an denen die Frau nach außen hin erkenntlich Alleingewahrsam hat. Dagegen Plonski aaO. 67. — S. a. JDR. § 808 **6** 1.

2. **RG.** SeuffA. **65** 380, JW. **10** 116, LeipzZ. **10** 477, WarnE. **3** 75, R. **10** Nr. 552 u. 553. Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Gegenstände wird nach § 808 Abs. 1 dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher die Sachen in Besitz nimmt; werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist nach Abs. 2 die Pfändung außerdem durch Anlegung von Siegeln oder in sonstiger Weise ersichtlich zu machen. Beide Maßnahmen sind gleichwertige Erfordernisse der Gültigkeit des Vollstreckungsakts. Wenn der Gerichtsvollzieher zwecks Pfändung eines Warenlagers zwar Pfandanzeigen anheftet, gleichzeitig aber dem Schuldner die Waren beläßt, damit dieser in der Lage sei, die Waren zu veräußern, so hat er den Besitz nicht ergriffen. Zur Ersichtlichmachung genügt überdies die Anheftung von Pfandanzeigen an den Wänden nur dann, wenn die regelmäßige Art der Anbringung von Pfandzeichen an den Waren selbst untunlich ist (§ 71 GeschAnw. aF.).

3. Wegen der ZwV. in Leihmöbel und in den Anspruch aus dem Möbelleihvertrage s. unten zu § 857 I.

§ 810. 1. **RG.** R. **10** Nr. 4150. Der Fortbestand des Pfandrechts an Früchten, die auf dem Halme gepfändet sind, wird dadurch nicht berührt, daß der Schuldner die Frucht aberntet und ausdreschen läßt. Denn das Pfandrecht erstreckt sich von vornherein nicht nur auf die Halme, sondern auch auf die Körner. Der Pfandbesitz des Gläubigers geht durch die wirtschaftlichen Maßnahmen des Schuldners nicht verloren.

2. (§ 585 BGB.) NaumburgAK. **10** 4 (Naumburg). Das Pfandrecht des Verpächters an den Früchten geht dem Pfändungspfandrechte, das an den Früchten auf dem Halme erworben ist, vor. Durch § 585 BGB. ist dem Verpächterpfandrecht eine besondere Kraft beigelegt. § 810 ZPO. will nur die Mobiliarzwangsvollstreckung in stehende Früchte ermöglichen, um dem Gläubiger, dessen Forderung bereits vor der Trennung vollstreckbar wurde, alsbaldige Sicherung zu verschaffen. Es soll aber nicht die durch das BGB. geschaffene Rechtslage gesetzlicher Pfandgläubiger gegenüber Pfändungspfandgläubigern verschlechtert werden. Ebenso Planck zu § 585 BGB.; Seuffert, Petersen-Anger zu § 810 ZPO., OLG. **19** 6 (Posen) s. JDR. **8** § 810; Jaeger § 349 KO. Anm. 51; aM. Staudinger, Gaupp-Stein, OLG. **13** 202 (Braunschweig.)

§ 811. I. Allgemeines. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1138. Kriegsschiffe sind schlechthin der Pfändung entzogen, da sie im Staatsinteresse ihrer Aufgabe, der Verteidigung des Reichs und dem Schutze der Seeinteressen zu dienen, nicht entzogen werden dürfen.

2. **a)** R. **10** Nr. 2871 (Jena). Für die Frage der Unentbehrlichkeit ist der Zeitpunkt der Pfändung maßgebend. Eine nachträgliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse kommt nicht in Betracht; sonst könnte der Schuldner sich selbst durch Verkauf nachträglich die Unentbehrlichkeit der gepfändeten Sachen verschaffen. Ebenso Gaupp-Stein, Freudenthal, RheinA. **106** 73 (Cöln); OLG. **7** 30 (Posen), SeuffA. **57** 162 (Dresden); vgl. auch HessRspr. **11** 27 (LG. Darmstadt). AM. Petersen-Anger, PfälzRspr. **1** 61 (Zweibrücken), MecklZ. **19** 309 (Rostock). **b)** R. **10** Nr. 3232 (Colmar). Für die Unentbehrlichkeit ist der Zeitpunkt der Pfändung nicht unbedingt maßgebend. Eine alsbald nach ihr eintretende Entbehrlichkeit kann den Mangel heilen (Freudenthal Anm. 6 zu § 811). — S. a. JDR. § 811 **3** I 2, **8** I **b**.

3. HessRspr. **11** 27 (LG. Darmstadt). Über die Frage, ob bei Beurteilung der Unentbehrlichkeit auch andere im Besitze des Schuldners befindliche Sachen, die nicht sein Eigentum sind, in Betracht zu ziehen sind, haben zwei Kammern des LG. Darmstadt entgegengesetzt entschieden. Die IV. ZK. hat verneint (der Schuldner besaß außer den gepfändeten noch einen ihm auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt verkauften Schrank), die III. ZK. hat bejaht (dem Sch. war von seiner Schwiegermutter außer der gepfändeten noch eine zweite Kommode zum Gebrauch überlassen). Vgl. hierzu OLG. **4** 150 (Bamberg), SeuffBl. **70** 130 (München). — S. a. JDR. § 811 **5** I 6, **6** II, **7** II 1.

4. **a)** **RG. 72** 181, SeuffA. **65** 478, JW. **10** 28, PosMSchr. **10** 134, R. **10** Nr. 151. Die nach § 811 Nr. 1 unpfändbaren Sachen können auch mit Zustimmung des Schuldners nicht gepfändet werden, da dies dem sozialpolitischen Zwecke der Vorschrift widersprechen würde. (Abw. Materialien z. ZPO., Hahn II 1119.) Ob der für den Fall des § 811 Nr. 5 (§ 715 Nr. 4 aF.) abweichenden Ansicht des **RG.** JW. **95** 239 zuzustimmen wäre, bleibt dahingestellt. **b)** OLG. **20** 375 (KG.). Auf die Unpfändbarkeit kann jedenfalls nicht im voraus verzichtet werden. Eine solche Vorausvereinbarung enthält auch eine nach Erlassung des Urteils, aber vor der Pfändung getroffene Abrede. — S. a. JDR. § 811 **1** I 2, **4** I 1, **5** I 5, **6** I 1, 2.

5. **a)** ElsLothJZ. **35** 289 (Colmar). Die Unpfändbarkeit von Arbeitsgerätschaften kann bei gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb auch derjenige geltend machen, gegen den sich die ZwV. nicht richtet (§ 766). **b)** OLG. **20** 338 (Cöln). Der Schuldner

kann die Unpfändbarkeit auch dann gemäß § 766 geltend machen, wenn er nicht Eigentümer, sondern nur Besitzer ist.

II. Nr. 1. HessRspr. **11** 27 (LG. Darmstadt). Nähmaschine im sechsköpfigen Haushalt eines Arbeiters unentbehrliches Hausgerät (vgl. OLG. **6** 139); ebendort **11** 28 unpfändbar: Kinderwagen bei unmittelbar bevorstehender Niederkunft der Ehefrau des Schuldners.

III. Nr. 5. 1. Unpfändbar: a) OLG. **20** 352 (Breslau). Zupfmaschine mit Handbetrieb und Handwagen eines Tapezierers. b) ElsLothJZ. **35** 289 (Colmar). Mandelreibmaschine eines Konditors. c) SchlHolstAnz. **10** 208 (Kiel). Ladentisch und Regal eines Bäckers. d) SchlHolstAnz. **10** 237 (Kiel). Die Sprechzimmer- und Wartezimmereinrichtung eines Naturheilkundigen. e) OLG. **20** 352 (München). Kamera eines Photographen, der das Gewerbe als Gehilfe seiner Frau ausübt, wenn diese selbst einen Apparat nicht besitzt. f) HessRspr. **11** 27 (LG. Darmstadt). Kuvertmaschine, Heftmaschine und Druckpresse eines Druckers und Verfertigers von Briefumschlägen, der ohne Gehilfen arbeitet. g) HessRspr. **11** 28 (LG. Darmstadt). Hundewagen und Zughund eines Metzgers, der ohne Gehilfen arbeitet. Eine Änderung des Betriebs ist dem Schuldner nicht zuzumuten.

2. Pfändbar. a) OLG. **20** 351 (Kiel) = SchlHolstAnz. **09** 236 s. JDR. **8** § 811 Nr. II 3 d. Ein Baugerüst, weil es nicht dem Erwerbe des Schuldners allein „aus Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen" dient. b) BreslauAK. **10** 74 (LG. Liegnitz). Wagen, mit dem ein Schneidemühlenbesitzer nur gelegentlich Lohnfuhren ausführt. Die Tätigkeit, zu der der Schuldner des Gegenstandes bedarf, muß einen immerhin nicht ganz unerheblichen Teil seines Berufs bilden.

3. Zweifelhaft. a) Goldmann, SächsRpflA. **10** 293. Die Möbel des Zimmervermieters sind lediglich Betriebskapital für die Gewinnung des Mietzinses. Die neben der Raumgewährung vorgenommenen persönlichen Dienstleistungen sind keine Berufstätigkeit i. S. des § 811 Nr. 5. Es kommt daher nicht darauf an, ob die den Mietern geleisteten persönlichen Dienste gegenüber der Überlassung des Zimmers überwiegen oder nicht. Ebenso: HessRspr. **1** 155 (LG. Mainz), R. **04** 505 (Cöln), R. **05** 371 (Jena). AM. OLG. **7** 352 (Frankfurt), R. **10** Nr. 1630 (Kassel), RheinA. **103** I 212 (Köln), OLG. **16** 327 (Kiel). b) BreslauAK. **10** 11 (Breslau). Die Möbel einer Zimmervermieterin stehen mit den von dieser vorgenommenen persönlichen Dienstleistungen (Bedienung, Beköstigung) in keinem Zusammenhange; sie sind nicht dazu bestimmt, bei diesen Dienstleistungen verwendet zu werden. Sie sind deshalb pfändbar. Ebenso dass. Gericht OLG. **16** 302/3. Dagegen c) SchlHolstAnz. **10** 29 (Kiel). Unpfändbar das Mobiliar einer Zimmervermieterin, wenn, wie dies regelmäßig bei Untervermietung an Studenten, Referendare geschieht, die persönlichen Dienste der Vermieterin einen wesentlichen Teil ihrer Erwerbstätigkeit bilden. Ebenso KGBl. **10** 100 (KG.) — unter Aufhebung von KGBl. **10** 88 (LG. I Berlin) — und SeuffA. **65** 382 (Kassel). d) OLG. **20** 353 (München) = BayRpflZ. **09** 439 s. JDR. **8** § 811 II 3 e. Unpfändbar das Mobiliar einer Zimmervermieterin, die ihr Gewerbe ohne andere Hilfskräfte — als allenfalls ihre Kinder — betreibt. — S. a. JDR. § 811 **6** III 7, **7** IV 4.

4. R. **10** Nr. 2872 (Rostock). § 811 Nr. 5 ist auf Minderkaufleute nicht anwendbar, da bei ihnen der kaufmännische Warenumsatz, mag er auch noch so gering sein, die Hauptsache ist, während die körperlichen Arbeitsleistungen zurücktreten.

IV. Nr. 13. Krahn, PosMSchr. **10** 142, teilt zustimmend eine Entscheidung des AG. und LG. Danzig mit, nach welcher Grabgitter zu den gemäß § 811[13] unpfändbaren Gegenständen gehören.

§ 816. Lubowski, DJZ. **10** 474. § 816 Abs. 2, der vorschreibt, daß die Versteigerung in der Gemeinde geschehen soll, in welcher die Pfändung geschehen ist, verbietet nur die Verbringung der Pfandstücke an einen anderen Ort lediglich zum

Zwecke der Versteigerung, nicht aber den Umzug des Schuldners in eine andere Gemeinde mit den Gegenständen. Ist ein solcher Umzug erfolgt, so bedarf es zur Versteigerung einer Anordnung gemäß § 825 nicht, um die Versteigerung in der neuen Gemeinde vorzunehmen.

§ 817. **RG.** SeuffA. **65** 119, WarnE. **3** 14 = JW. **09** 731, s. JDR. 8 § 817. Abgesehen von dem Falle des § 820 Satz 1 darf der Gerichtsvollzieher wegen zu niedrigen Gebots den Zuschlag nicht versagen.

§ 819. **RG.** R. **10** Nr. 2873. Hat der Gläubiger selbst die Pfandsache erstanden, so dürfen bei Ermittelung desjenigen Betrags, wegen dessen er befriedigt ist, die Kosten einer nach der Versteigerung vorgenommenen Ausbesserung nicht abgerechnet werden.

§ 825. SeuffA. **65** 165 = OLG. **19** 152 (Hamburg) s. JDR **8** § 825 Nr. 1. Anwendbarkeit des § 805 auf den Fall des § 825.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 829. 1. a) * Süß, Abtretung künftiger Ansprüche. Wegen des Formerfordernisses des § 829 sind nur künftige Ansprüche aus bestehendem Grundverhältnisse pfändbar. Bei diesen ist nur eine Überweisung zur Einziehung zulässig. Vgl. auch bei BGB. §§ 198 Ziff. 1, 398 Ziff. 2a. b) WürttJ. **22** 287, R. **10** Nr. 2875 (Stuttgart). Der Anspruch auf Rückerstattung des nicht verbrauchten Teiles eines nach §§ 379, 402 ZPO., § 84 GKG. geleisteten Auslagenvorschusses ist als (gesetzlich) bedingter schon von der Leistung des Vorschusses an vorhanden, von diesem Zeitpunkt an also auch schon pfändbar.

2. Scheffels, DJZ. **10** 311. Während der Adressat einer Postanweisung und eines Wertbriefs einen Anspruch auf Aushändigung des Geldes gegen die Post nicht hat, steht dem Inhaber eines Postscheckkontos ein jederzeit fälliger Anspruch auf den die Stammeinlage von 100 M. übersteigenden Betrag seines Guthabens (§ 6 der Postscheckordnung v. 6. 11. 1908) und einen durch sein Ausscheiden aus dem Postscheckverkehre bedingten Anspruch auf Auszahlung der Stammeinlage zu. Beide Ansprüche sind pfändbar. Die Pfändung erfolgt durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an das Postscheckamt.

3. OLG. **21** 107 (Hamburg). Pfändung der angeblichen „Lohnforderung" ist keine genügende Bezeichnung der einem Agenten zustehenden Ansprüche auf „Provision". Die Bezeichnung ist rechtlich unrichtig und sachlich ungenau, insofern nicht erkennbar ist, ob verdiente oder noch zu verdienende Provision gepfändet werden sollte.

4. R. **10** Nr. 2264 (Colmar). Bei hinterlegten Geldern ist die Zustellung nicht an die zur prozessualen Vertretung des Fiskus berufene Behörde, sondern an den Vorstand derjenigen Behörde zu richten, welcher die Auszahlung des Geldes obliegt. Andernfalls würde der Gläubiger Gefahr laufen, daß das Verbot nicht rechtzeitig an die mit der Auszahlung betraute Behörde gelangt.

5. **RG.** R. **10** Nr. 2874. Ein gegen die Frau als Drittschuldner ergangenes Zahlungsverbot ist gegen diese auch dann wirksam, wenn es gegen den Mann keine Wirkung hat.

§ 830. 1. Huth, ZBlFG. **10** 526. Da über die Sicherungshypothek des § 128 ZVG. durch Abtretung erst dann verfügt werden kann, wie sie nach Abs. 3 durch Eintragung entstanden ist, oder doch frühestens dann, wenn sie durch den Eingang des Ersuchens nach § 130 ZVG. beim Grundbuchamt eintragungsreif geworden ist (§ 40 GBO., Strecker, GBO. 268, 269), so ergibt sich daraus, daß diese Sicherungshypothek auch nicht früher gepfändet werden kann, daß also ein vor diesem Zeitpunkt erwirkter Pfändungsbeschluß nicht als taugliche Unterlage der Eintragung der Pfändung dienen kann.

2. **RG.** R. **10** Nr. 3059. Die Übergabe oder Wegnahme des Hypothekenbriefs kann, wenn sich dieser in der Hand eines Dritten befindet, nicht durch die Pfändung und Überweisung zur Einziehung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden. Durch diese Rechtsakte wird der Gläubiger nur zur Geltendmachung des überwiesenen Anspruchs ermächtigt.

3. BayObLG. **11** 59, ZBlFG. **10** 636, DNotV. **10** 731, SeuffBl. **10** 293, SeuffA. **65** 424, BayRpflZ. **10** 101, ZBlFG. **10** 636, R. **10** Nr. 755. Die Pfändung einer Hypothekenforderung darf nicht in das Grundbuch eingetragen werden, solange dem Grundbuchamt eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, durch welche die ZwV. aus dem Pfändungsbeschlusse einstweilen eingestellt ist. Denn auch die Eintragung der Pfändung einer Buchhypothek ist eine ZwVMaßregel im weiteren Sinne. (Vgl. Güthe Anm. 130 zu § 19 GBO.)

4. **RG.** JW. **10** 830, R. **10** Nr. 3055, 3056. Die Ausnahmevorschrift des § 830 Abs. 3 gilt nur für die Pfändung des Anspruchs auf Zinsrückstände, nicht für die des Zinsgenußrechts oder der Ansprüche auf künftige Zinsen. Befindet sich ein Dritter im Besitze des Hypothekenbriefs, so kann der Gläubiger die Pfändung nur in der Weise durchführen, daß er den Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe des Briefes pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt und dann diesen Anspruch gegen den nicht zur Herausgabe bereiten Dritten im Klagewege geltend macht, um so in den Besitz des Briefes zu gelangen (§ 886 ZPO., **RG. 63** 217).

§ 832. OLG. **20** 356 (Breslau). Mietzinsforderungen fallen nicht unter § 832. Trotzdem können auch sie als zukünftige Forderungen gepfändet werden, soweit sie dem Grunde nach bereits entstanden und nur durch die Vorleistung des Vermieters noch bedingt, deshalb noch nicht fällig sind. Die Wirksamkeit der Pfändung später fälliger Raten wird nicht bedingt durch die früherer Raten.

§ 835. 1. *Hirsch, NaumburgAK. **11** 25 f. Der Rang ist nicht pfändbar. Das Recht zum Verzicht auf ein Recht ist nicht pfändbar. Der hinter einer Eigentümerhypothek eingetragene Hypothekengläubiger kann nur durch Pfändung und Überweisung an Zahlungsstatt den Rangtausch erzwingen.

2. OLG. **20** 358, R. **10** Nr. 1421 (Colmar). Das Vollstreckungsgericht hat vor Erlassung des Überweisungsbeschlusses außer der Wirksamkeit der Pfändung die tatsächliche und rechtliche Identität derjenigen Personen, gegen die sich das Überweisungsgesuch richtet, mit denjenigen, die durch die Pfändung betroffen sind, zu prüfen. Ist der Schuldner nach dem der Pfändung zugrunde liegenden Titel nur anteilsweise Schuldner, so kann die Überweisung nicht gegen ihn als Gesamtschuldner verlangt werden.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2265. Behauptet, nachdem eine Forderung gepfändet ist, ein Dritter, daß ihm vorher die Forderung abgetreten sei, so ist er hierfür, auch wenn er sich in der Rolle des Beklagten befindet, beweispflichtig.

4. ElsLothZ. **09** 514 (Colmar). Im bewußten Gegensatze zu dem Gesetze vom 29. Juli 1890/30. Juni 1901, welches im § 1 Abs. 1 die Zuständigkeit des Gewerbegerichts an die Voraussetzung knüpft, daß der Arbeiter und der Arbeitgeber Parteien des Rechtsstreits sind, erklärt § 1 Abs. 1 G. v. 6. Juli 1904 das Kaufmannsgericht in allen Fällen für zuständig, in welchen die Streitigkeit aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse herrührt. Die ausschließliche Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts gilt also auch, wenn ein Pfändungsgläubiger den ihm überwiesenen Anspruch eines Handlungsgehilfen gegen seinen Prinzipal einklagt (**RG. 67** 114).

§ 836. HessRspr. **11** 58 (Darmstadt). Der verurteilte Schuldner kann eine für einen Dritten erfolgte Pfändung und Überweisung seinem Gläubiger gegenüber nur mit Vollstreckungsgegenklage (§ 767) geltend machen.

§ 840. Abs. 1 Nr. 1. a) **RG.** R. **10** Nr. 2643. Erklärt der Drittschuldner auf die ihm gemäß § 840 gestellte Frage, daß er die gepfändete Forderung in Höhe

des Betrags, für den gepfändet sei, anerkenne, so ist darin ein vertragliches Schuldanerkenntnis zu finden, dessen Tragweite sich nach bürgerlichem Recht bestimmt. **b)** OLG. **20** 358 (Hamburg). Wenn auch der Drittschuldner zu einer Erklärung über die ihm nach § 840 vorgelegten Fragen nicht verpflichtet ist, so wird doch in seiner Erklärung, daß er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung verspreche, ein ihn bindendes vertragliches Anerkenntnis zu erblicken sein, von dem dahingestellt bleiben mag, ob es abstrakt (§ 781 BGB.) ist (wie Gaupp-Stein III zu § 840 annimmt). Hat der Anerkennende von einer tatsächlich bereits erfolgten Übertragung der Forderung an einen andern zur Zeit der Erklärung keine Kenntnis, so ist er gleichwohl durch die Anerkennung im Verhältnisse zum Zessionar befreit worden (§§ 408, 407 BGB.), kann deshalb das Anerkenntnis nicht kondizieren, da der Gläubiger nicht auf seine — des Drittschuldners — Kosten etwas erlangt hat. S. a. zu BGB. § 781 Ziff. 2. **c)** KGJ. **39** A 230 (KG.). Ein Anerkenntnis nach § 840 Abs. 1 Nr. 1 hat nur für das Verhältnis zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem Drittschuldner Bedeutung. Die Frage, ob der gepfändete Anspruch dem Pfandschuldner gegen den Drittschuldner überhaupt zusteht, wird durch solches Anerkenntnis nicht entschieden. Anwendung auf den Fall der Pfändung des angeblichen — mangels besonderer Vereinbarung nicht bestehenden — Anspruchs des Eigentümers, der den Hypothekengläubiger befriedigt hat, auf Erteilung einer Abtretungserklärung.

§ 843. PosMSchr. **10** 86 (Posen). Durch den in gehöriger Form erklärten Verzicht wird die Aktivlegitimation des Pfändungsgläubigers zur Geltendmachung der durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erworbenen Rechte beseitigt. Eine Veräußerung oder Abtretung liegt nicht vor. Dies gilt auch insoweit, als der Verzicht erst im Laufe des Rechtsstreits erklärt wird, und der Klagantrag eventuell auf Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger gerichtet ist.

§ 845. 1. a) **RG.** DNotV. **10** 732 = **RG. 71** 179 f. JDR. **8** § 845 Nr. 2 a. Bei der Vorpfändung braucht nur ein vollstreckbarer Titel, nicht schon eine mit Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung desselben vorzuliegen. **b)** OLG. **21** 112 (Naumburg). Aus § 845 Abs. 1 Satz 2 folgt, daß die Vorpfändung mit Ausnahme der vorherigen Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und Zustellung des Schuldtitels alle sonstigen Voraussetzungen des Vollstreckungsbeginns erfordert. Ist der Schuldtitel nur gegen Sicherheit vorläufig vollstreckbar, so muß vor Zustellung des Zahlungsverbots die Sicherheit geleistet sein (§ 751). Sonst ist die Vorpfändung unheilbar wirkungslos.

2. OLG. **21** 108 (KG.) führt eingehend gegen OLG. Dresden aus, daß die Vorpfändung nicht nur ein Veräußerungsverbot enthalte, sondern ein bedingtes Pfändungsrecht entstehen lasse (**RG. 26** 427, GruchotsBeitr. **39** 1168), deshalb eine durch ZwV. herbeigeführte Verfügung sei, die der rechtsgeschäftlichen im Bereiche des § 573 BGB. gleichstehe. Sie wirke deshalb als bedingte Verfügung auch dem rechtsgeschäftlichen Erwerber und dem Ersteher eines Grundstücks gegenüber, so daß auch die erst nach dem Eigentumswechsel fristgerecht erfolgende Pfändung, die vorher erfolgte Vorpfändung zu einer endgültig wirksamen mache.

3. RheinARV. **28** 43 (LG. Cöln). Die Vorpfändung ist eine Vollstreckungshandlung. Gegen sie ist Erinnerung aus § 766 statthaft.

§ 846. Literatur: Hellmann, Die Pfändung des Anspruchs des Empfängers auf Herausgabe des Gutes, EisenbE. **27** 23—28.

Hellmann: Die Pfändung des Anspruchs des Empfängers auf Herausgabe des Frachtguts gegen die Eisenbahnverwaltung ist schon vor Ankunft des Gutes, bei genügender Spezialisierung sogar schon vor Abschluß des einzelnen Frachtvertrags, zulässig. Nach der Ankunft des Gutes am Ablieferungsort ist der Absender von der Pfändung und der Pfandgläubiger von der Ankunft zu benachrichtigen. Wer von beiden zuerst über das Gut verfügt, sei es der Ab-

sender durch anderweitige Verfügung oder der Pfandgläubiger durch Einlösung des Frachtbriefs, dessen Anordnung ist zu beachten. Trifft keiner von beiden rechtzeitige Verfügung, so tritt das Verfahren bei Ablieferungshindernissen ein (§ 437 HGB. § 81 EisenbVerkO.).

§ 848. Literatur: Fromm, Zwei Kapitel über die Sicherungshypothek des § 848 ZPO., GruchotsBeitr. **54** 69—79. — Voß, Über die Rangstellung der Sicherungshypothek des § 848 ZPO., ZBlFG. **11** 399—408. — Derselbe, Über das gegenseitige Verhältnis der Gerichtszuständigkeiten, die im Falle des § 848 II ZPO. für die Eintragung der Sicherungshypothek zusammenwirken, ZBlFG. **11** 423—431.

1. * Fromm. Die Sicherungshypothek des § 848 entsteht mit dem Übergange des Grundstückseigentums ohne Eintragung. Die vom Sequester zu bewilligende Eintragung dient lediglich der Berichtigung des Grundbuchs. Der Zeitpunkt der Entstehung ist auch für den Rang der Hypothek maßgebend. Bei mehrfacher Pfändung des Auflassungsanspruchs bestimmt sich die Reihenfolge der Hypotheken untereinander nach der Zeit der Pfändung. Die im § 848 enthaltene Durchbrechung des Eintragungsprinzips führt zu praktischen Schwierigkeiten, wenn der Grundstücksverkäufer sich eine Restkaufgeldhypothek mit dem Range vor allen anderen Belastungen ausbedingt, und nunmehr der Anspruch des Käufers auf Auflassung gepfändet wird. Denn selbst bei Verbindung der Eintragungsanträge gemäß § 16 Abs. 2 GBO. schiebt sich die im Augenblicke der Eigentumsänderung entstehende Sicherungshypothek vor die erst mit der Eintragung entstehende Kaufgeldhypothek. Es bleibt nur der Ausweg übrig, daß der Verkäufer gemäß § 1196 BGB. eine Grundschuld in Höhe des Restkaufgeldes für sich eintragen läßt und mit dem Käufer vereinbart, daß diese Grundschuld bei der Auflassung in eine Hypothek für das Kaufgeld umgewandelt werden solle. § 1276 BGB. steht dem nicht entgegen, da diese Maßnahme dem Verkäufer nicht ein stärkeres Recht gibt, als er zu verlangen berechtigt ist. Geht der Käufer auf diese Vereinbarung nicht ein, so schützt den Verkäufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, die ihm auch gegenüber den etwaigen Klagen der Pfändungsgläubiger schützt.

2. * Voß, ZBlFG. **11** 399 ff. Die Sicherheitshypothek entsteht zeitlich vor der erst durch die Eintragung zur Entstehung kommenden Kaufgeldforderung des Drittschuldners. Der zu bestellende Sequester muß mit der Eintragung des Eigentums sämtliche anderweitige Eintragungen beantragen, die der Schuldner nach Maßgabe des beurkundeten Kaufvertrags als persönliche Geschäftspartei beantragen müßte. Die Sicherungshypothek ist nur erträglich, wenn sie das Recht des Drittschuldners auf die von ihm nach dem Vorbilde des „Zug um Zug" in Form der Kaufgeldhypothek zu empfangende Gegenleistung nicht beeinträchtigt, wenn also das Kaufgeld mit Vorrang vor der Sicherungshypothek eingetragen wird. Das einer anderen Eintragung vor dem Kaufgelde bewilligte Vorrecht berührt hingegen die Sicherungshypothek nicht.

3. Voß aaO. 423 ff. Bei Pfändung eines Anspruchs, der die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstande hat, wirken drei verschiedene Gerichtszuständigkeiten mit: das Vollstreckungsgericht (§ 828), das Gericht der belegenen Sache (§ 848 I) und das Grundbuchamt. — Die Bestellung des Sequesters setzt nicht voraus, daß der Pfändungsbeschluß dem Drittschuldner schon zugestellt ist. (424.) Das Gericht der belegenen Sache hat lediglich zu prüfen, ob der Pfändungsbeschluß von einem zuständigen Gericht erlassen ist, nicht ob er sonst erlassen werden durfte (425). Es hat den Sequester lediglich zu bestellen. Auf den Inhalt der ihm zu erteilenden Ermächtigung hat es keinen Einfluß, diese ergibt sich nach dem Gesetz aus dem Pfändungsbeschlusse (§ 427). Dem Grundbuchamte gegenüber braucht der Sequester die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nicht nachzuweisen (aM. Predari, GBO. § 20 Anm. 10). Sache des Sequesters ist es, bei mehreren Pfändungen für eine der Zeitfolge der Zustellung der Pfändungs-

beschlüsse entsprechende Eintragung der Sicherungshypotheken zu sorgen. Das Grundbuchamt hat dem diesbezüglichen Antrage des Sequesters zu entsprechen; eine Nachprüfung der von diesem angegebenen Rangordnung steht ihm nicht zu (430).

§§ 850 ff. Citron, DJZ. **10** 196 ff. Ist bei Wahlforderungen der eine Teil der Forderung pfändbar, der andere unpfändbar, so ergreift die Unpfändbarkeit die Wahlforderung im ganzen, wo sie zugunsten der Berechtigten, nicht wo sie zur Hinderung des Übergangs an andere im Interesse des Drittschuldners bestimmt ist.

§ 850. Literatur: Cohn, Über die Notwendigkeit einer Reform des Lohnbeschlagnahmerechts, GruchotsBeitr. **54** 721—782 (auch Sonderausgabe). — Lippmann, Gehaltsverfügungen zum Nachteil der Gläubiger, LeipzZ. **10** 833—841.

I. Abs. 1, Ziff. 1 (zum LohnBG. vom 21. Juni 1869).

1. **§ 1.** a) LeipzZ. **10** 636 (Düsseldorf). Wesentliches Merkmal eines Dienst- und Arbeitsverhältnisses i. S. des LohnBG. ist die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeiters vom Arbeitgeber. Bei einem Ziegelmeister ist solches Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen, wenn er einem besonderen Leiter der Ziegelei unterstellt ist, genaue Anweisungen hinsichtlich der Bearbeitung der Rohstoffe erhält, die Arbeitsgeräte geliefert erhält, kein Unternehmerrisiko trägt, vielmehr eine von Konjunkturschwankungen unabhängige feste Vergütung erhält, selbst mitarbeitet und auf der gleichen sozialen Stufe mit seinen Gehilfen steht und endlich die Ziegelei sowohl für ihn wie für seine Gehilfen die Beiträge zur Invalidenversicherung leistet. Dagegen hat PosMSchr. **10** 50 (Königsberg) ein solches Abhängigkeitsverhältnis bei einem Ziegelmeister verneint, welchem der Ziegeleibetrieb völlig überlassen war, der 2000 M. Gehalt erhielt und nebenbei noch eine Kantine betrieb. b) SeuffBl. **09** 613 = OLG. **19** 16 (München) s. JDR. **8** § 850 I Nr. 1 c. Unbeschränkte Pfändbarkeit der Provisionsforderung eines Agenten. c) OLG. **20** 359 (Hamburg). Auf die Unpfändbarkeit — demnach Unübertragbarkeit, § 400 BGB. — der Lohnforderung kann sich nur der Schuldner, nicht dessen Gläubiger berufen, da es sich um ein gesetzliches Veräußerungsverbot handelt, das nur den Schutz des Lohnarbeiters bezweckt (§ 135 BGB.).

2. **§ 4.** Nr. 3. a) Göbel, WürttZ. **10** 104. Das Pfändungsprivileg der Verwandten kommt dem Landarmenverbande, der auf Grund des Art. 19 Württ. FürsEG. Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen von dem Zögling und seinen unterhaltspflichtigen Verwandten verlangen kann, nicht zu statten. Eine dem § 62 UWG. entsprechende Vorschrift fehlt. b) BreslauAK. **10** 63 (LG. Liegnitz). Das Pfändungsvorrecht des § 4 Nr. 3 besteht nicht auch für die Kosten des Unterhaltsprozesses des unehelichen Kindes [aM. OLG. **6** 422 (Celle)]. Vgl. auch JDR. **8** § 4 Ziff. 3 LohnBG. u. unten Nr. 3 **b** und IX b, c.

Nr. 4. a) KGBl. **10** 50 (LG. I Berlin). Die Beschränkung der Unpfändbarkeit auf 1500 M. „für das Jahr" enthält nur einen Berechnungsmaßstab. Die Lohnpfändung darf für die tatsächlichen Lohnzahlungszeiten in der Höhe erfolgen, daß dem Schuldner für die einzelne Lohnzahlungszeit nach seinem derzeitigen Lohne bemessen, ein Lohnbetrag verbleibt, der, auf das ganze Jahr berechnet, 1500 M. erreicht. Nur wenn von vornherein feststeht, daß der Beruf des Schuldners ihm nur während eines Teiles des Jahres eine Einnahmequelle eröffnet, muß der Jahresbetrag von 1500 M. aus den Jahresbruchteilen gedeckt werden. S. auch JDR. § 850 **1** II 4 d, **3** I 4, **4** I 3, **5** I 2, **7** II 2, **8** I 2. b) KGBl. **10** 87 (LG. I Berlin). Besteht der Lohn des Schuldners in freier Station und barem Gelde, so ist es Sache des Vollstreckungsgerichts, bei Berechnung des pfändbaren Betrags erstere in Geld zu schätzen. c) Lippmann tritt dem **RG. 67** 170, **69** 60 darin bei, daß ein Vertrag, durch den zwischen Prinzipal, Angestellten und dessen Ehefrau vereinbart wird, der 1500 M. übersteigende Teil des Gehalts solle der Frau zustehen, nach dem AnfG. nicht anfechtbar ist. Der Vertrag sei aber offenbar simuliert. Das durch die Simulation

verdeckte wirklich gewollte Rechtsgeschäft bleibe gültig. Der Mann habe auch fernerhin Anspruch auf das volle versprochene Gehalt: die Gläubiger könnten deshalb unter Aufdeckung der Simulation und Klarstellung des wirklich gewollten Geschäfts ohne Anfechtung den 1500 M. übersteigenden Betrag pfänden (vgl. Dernburg, Bürgerl. R. I § 142. **d)** OLG. **21** 90 (KG.). Wird nach der Pfändung des 125 M. monatlich übersteigenden Gehaltsanspruchs des Angestellten zwischen diesem und dem Prinzipal ein neuer Dienstvertrag geschlossen, nach welchem das Gehalt auf 125 M. monatlich bemessen, dem Schuldner darüber hinaus nur ein Anspruch auf Spesen gewährt wird, so ist dieser Vertrag weder nach dem AnfGes. anfechtbar — weil der Schuldner nichts aus seinem Vermögen fortgegeben hat —, noch enthält er einen Verstoß gegen die guten Sitten — weil ein Gläubiger keinen Anspruch darauf hat, daß der Schuldner seine Arbeitskraft zu seinen Gunsten verwerte. Die Pfändung des „Gehaltsanspruchs" umfaßt auch nicht den Anspruch auf die „Spesen", zumal ein neues Dienstverhältnis vorliegt. **e)** ElsLothZ. **09** 514 (Colmar). Da der Gläubiger keinen Anspruch darauf hat, daß der Schuldner seine Arbeitskraft zu seinen Gunsten so verwende, daß es ihm ermöglicht ist, einen Teil des Arbeitseinkommens zu pfänden (**RG. 69** 63), so verstößt ein Vertrag, durch den der Schuldner mit seinem Dienstherrn eine Herabsetzung des Lohnes auf den unpfändbaren Betrag vereinbart, nur dann gegen die guten Sitten, wenn diese Lohnherabsetzung ausschließlich den Zweck der Schädigung des Gläubigers verfolgt. Die Absicht des Schuldners, durch die Herabsetzung die mit den Pfändungen verbundenen Belästigungen zu verhindern, schließt die Anwendung des § 826 BGB. aus. **f)** SchlHolstAnz. **10** 167 (Kiel). Die vertragsmäßige Herabsetzung des Lohnes nach erfolgter Pfändung unterliegt nicht der Anfechtung. Der Gläubiger hat kein Recht darauf, daß der Schuldner künftig überhaupt seine Arbeitskraft verwertet. Ebensowenig kann er ihn hindern, zu einem niedrigeren Lohne zu arbeiten, als er zu verdienen in der Lage wäre. S. auch JDR. **7** II 2, **8** I 2.

3. **§ 4 a.** **a)** BayRpflZ. **10** 291 (LG. Eichstätt). Bei ZwV. aus vollstreckbaren Urkunden ist in Ansehung der Zeit, für welche rückständige Alimente ein Pfändungsvorrecht genießen, die Aufnahme der Urkunde der Klagerhebung gleichzustellen. (Ebenso OLG. 7 316 (Oldenburg), Petersen Anm. 5 zu § 850.) Ein Grund — mit Gaupp-Stein Anm. IV b² und Seuffert Anm. 13a zu § 850 — die Erlassung des Pfändungsbeschlusses, oder — mit OLG. **19** 21 (München) — JDR. **8** § 850 I 3 a —, SeuffBl. **73** 839 (Bamberg) — JDR. **7** § 850 V — und Freudenthal Anm. 30 zu § 850 — die Einreichung des Pfändungsantrags als den maßgebenden Zeitpunkt anzusehen, liegt nicht vor, da auch im Falle der Klagerhebung nicht der Zeitpunkt der ersten Pfändungshandlung, sondern ein erheblich zurückliegender Zeitpunkt maßgebend ist. § 209 Abs. 2 Nr. 5 BGB. läßt als **lex specialis** eine analoge Anwendung nicht zu. **b)** Breslau AK. **10** 35 (LG. Liegnitz). Die Kosten des Unterhaltsprozesses genießen das Pfändungsvorrecht nicht. Das Wort „Beitreibung" deutet nur daraufhin, daß es sich um die Vollstreckung eines vorliegenden Titels handelt. AM. OLG. **6** 422 (Celle). S. auch unten zu § 850 Abs. 4. **c)** Weltmann, DJZ. **10** 763, schlägt eine zweckmäßige Fassung für den Pfändungsbeschluß vor, wenn Forderungen, für die das Pfändungsprivileg des § 4 a gilt, mit anderen Forderungen (z. B. Alimentenrückständen aus der länger als ein Vierteljahr vor der Klagerhebung liegenden Zeit) zusammentreffen.

4. *Cohn begründet die Notwendigkeit einer Reform des Lohnbeschlagnahmerechts und kommt zu folgenden Vorschlägen: 1. Gehälter der Privatangestellten von 1500—4500 M. in der Regel mit $1/3$, bei Familienhäuptern (der Begriff wird näher definiert) mit $1/5$ des 1500 M. übersteigenden Betrags, höhere Gehälter mit dem Betrage von 1500—4500 M. ebenso mit dem 4500 M. übersteigenden Betrage regelmäßig zur Hälfte, bei Familienhäuptern zu $3/5$ der Beschlagnahme zu unter-

werfen, 4. diese Regelung auf die Bezüge der öffentlichen Beamten mit der Maßgabe auszudehnen, daß bei ihnen eine Erhöhung der pfändbaren Quote durch Erreichung von 4500 M. nicht eintritt, 3. in derselben Weise die Zwangsvollstreckung in die Pensionsansprüche der Privatangestellten und der öffentlichen Beamten sowie ihrer Angehörigen zu ordnen, 4. den ausgezahlten Lohn der Privatangestellten durch eine dem § 811 Nr. 8 ZPO. entsprechende Bestimmung vor der Beschlagnahme zu schützen, 5. die freiwillige Verfügung über die Lohnforderung dagegen wie bisher wegen des 1500 M. übersteigenden Betrags zu gestatten.

II. Ziff. 2. OLG. **20** 360, BraunschwZ. **10** 76, R. **10** Nr. 962 (Braunschweig). Da bei Altenteilsverträgen der Hofsannehmer regelmäßig für die dem Altenteiler zu gewährenden Leistungen durch die Übertragung des Hofes im voraus den vollen Gegenwert erhalten hat, so kann nicht die Rede davon sein, daß durch das Altenteil nach dem Willen der Vertragschließenden zugleich die gesetzliche Unterhaltspflicht erfüllt werde. Denn der gesetzliche Unterhaltsanspruch setzt begrifflich Bedürftigkeit des Berechtigten voraus. Leistungen, für welche der Empfänger aus eigenen Mitteln volle Entschädigung gewährt hat, die also gewissermaßen erkauft sind, fallen deshalb nicht unter §§ 1601 ff. BGB. Der Anspruch auf die Altenteilsleistungen ist daher regelmäßig pfändbar. Ebenso: Gaupp-Stein, Petersen, Seuffert, SeuffA. **38** 288 (Braunschweig), **41** 313 (Kiel), **41** 318 (Hamburg), **RG.** SeuffA. **46** 241, OLG. **2** 355 (Celle), aM. OLG. **14** 182 (KG.).

III. Ziff. 3. OLG. **20** 360 (München). Pensionen, die private Versicherungsgesellschaften ihren Beamten gewähren, sind regelmäßig Gegenleistungen für deren Dienste, stellen also keine Freigebigkeit i. S. des § 850 Nr. 3 dar.

IV. Ziff. 4a. OLG. **21** 91, R. **10** Nr. 2397 (Braunschweig). Auch Hebungen aus privaten Krankenkassen sind der Pfändung entzogen, sofern die Leistung Nothilfecharakter hat. Maßgebend ist die objektive Zweckbestimmung, unerheblich, ob der Schuldner die Hilfsmittel für den Zweck, dem sie dienen sollen, tatsächlich braucht. **b)** R. **10** Nr. 2646 (Colmar). Daß die Sterbegelder zur Bestreitung der Beerdigungskosten notwendig sind, ist nicht erforderlich. Unpfändbar sind die Sterbegelder vielmehr auch dann, wenn infolge Zugehörigkeit des Verstorbenen zu mehreren Kassen die Gesamtheit der Sterbegelder die Beerdigungskosten erheblich übersteigt.

V. Ziff. 5. **a)** OLG. **20** 361 = NaumburgAK. **09** 91 (Naumburg) s. JDR. **8** § 850 V b. Unpfändbarkeit des künftigen Anspruchs auf die Dienstprämie eines Unteroffiziers. **b)** Zedler, DJZ. **10** 535, teilt eine gerichtliche Entscheidung mit, in der erneut die auf Grund der Verf. d. preuß. Kriegsministers v. 30. Juni 1873 (ArmeeVOBl. 177) zurückbehaltenen und auf einer Sparkasse angelegten Soldersparnisse eines Unteroffiziers für pfändbar erklärt sind. [Ebenso ElsLothJZ. **94** 92 (Colmar), aM. Wilmowski-Levy [7] Anm. 5 zu § 749 aF.] — S. a. JDR. § 850 **3 IV b**, **4 IV**, **8 V c**.

VI. Ziff. 8. KGBl. **10** 75 (LG. I Berlin). Rückständige Beträge der in Ziff. 8 bezeichneten Forderungen sind in gleicher Weise der Pfändung entzogen wie künftig fällig werdende. Eine Änderung tritt erst ein, wenn die Rückstände infolge ihrer Nichtabhebung seitens der fiskalischen Stelle bei der öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt worden sind. Dann tritt an die Stelle des „Pensions-" usw. Anspruchs ein Anspruch des Berechtigten auf Herausgabe der verwahrten Summe an die Hinterlegungsstelle, der der Pfändung unterworfen ist.

VII. Abs. 2. SeuffA. **65** 36, Z. f. Pol.- u. VerwBeamte **18** 122 (Kiel). Bei Berechnung der pfändungsfreien Summe von 1500 M. ist der Nebenverdienst des Schuldners aus seiner Beschäftigung bei Privatpersonen nicht zu berücksichtigen.

VIII. Abs. 3. HessRspr. **11** 81 (Darmstadt). Eine Kapitalabfindung nach § 843

BGB. unterliegt nicht der Pfändungsbeschränkung des § 850 Abs. 3. Ebenso: ElsLothJZ. **10** 87 (LG. Colmar).

IX. Abs. 4. a) OLG. **20** 361 = NaumburgAK. **09** 91 (Naumburg) s. JDR. **8** § 850 VII. Pfändungsprivileg des unehelichen Kindes bei Pfändung der künftigen Dienstprämie eines Unteroffiziers. Bestimmung des „nämlichen Zeitraums". — Derselbe Senat hat später in anderer Besetzung abweichend dahin entschieden, daß unter „n. Z." nicht der „gleiche Zeitraum" wie derjenige zu verstehen sei, für den gepfändet ist, sondern derjenige Zeitabschnitt, der auch in den beiden vorhergehenden Sätzen erwähnt ist, also die Zeit nach Erhebung der Klage und das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr (so auch Gaupp-Stein) (OLG. **20** 364 Anm. 1). **b)** SächsOLG. **31** 202 (Dresden). Das Pfändungsprivileg des § 850 Abs. 4 gilt nur für die Unterhaltsbeiträge selbst und die Kosten der Zwangsvollstreckung (SächsRpflA. **06** 108), nicht für die Kosten des Unterhaltsprozesses. Ebenso bez. der Prozeßkosten RheinARB. **28** 45 (LG. Cöln). **c)** BadRpr. **10** 53 (AG. u. LG. Karlsruhe). Wenn § 4 a LohnBG. von „Beitreibung der zugunsten eines unehelichen Kindes zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge spricht, so hat es dabei nicht nur die Kosten der ZwV. im Auge, — es würde dann eine überflüssige Wiederholung des § 788 ZPO. vorliegen — sondern auch die des Rechtsstreits. Was für uneheliche Kinder gilt, muß rechtsähnlich auch für die ehelichen und die diesen hinsichtlich des Privilegs nach § 850 Abs. 4 gleichstehenden Personen gelten. Andernfalls würde der Privilegierte alsbald wieder beeinträchtigt, wenn er die Kosten des Prozesses, der seinem Privileg zum Durchbruche hilft, auf sich behalten bzw. mit den auf Grund des Privilegs erlangten Mitteln bezahlen müßte. — S. a. JDR. § 850 **1** X 2, **3** VII **a**; auch zu § 4 Nr. 3 LohnBG.

§ 851. 1. a) Mügel, GruchotsBeitr. **54** 26. Die Pfändung des Anspruchs auf Baugelder ist stets zulässig, aber nur mit der Wirkung, daß gegen den Willen des Baugeldgebers nicht Zahlung an den Pfändungsgläubiger verlangt werden kann, sondern nur Auszahlung an einen vom Baugeld**nehmer** zu bezeichnenden Baugläubiger. Dies gilt auch dann, wenn der Pfändende selbst Baugläubiger ist. Denn das Interesse des Baugeldgebers erfordert, daß nicht an einen beliebigen Baugläubiger gezahlt wird, sondern an denjenigen, dessen Bezahlung der Baugeldnehmer im Interesse des Baues für geboten erachtet. **b)** KGBl. **10** 49 (LG. I Berlin). Im Anschluß an **RG.** GruchotsBeitr. **53** 839 ist anzunehmen, daß der Anspruch auf Zahlung einer Darlehnssumme in der Art auf einen Dritten übertragen werden kann, daß nicht der Zessionar, sondern der Versprechensempfänger Darlehnsschuldner wird. Auch solche Abtretung kann im Hinblick auf die besondere Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen sein, so wenn das Darlehen für einen bestimmten Zweck versprochen ist, wie beim Baugelddarlehen. Demnach kann der Anspruch auf Auszahlung von Baugeld nur dann übertragen und gepfändet werden, wenn für die Sicherstellung des Zwecks des Baugelddarlehens gesorgt ist. Dies ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn die Pfändung für einen Bauhandwerker erfolgt, der wegen seiner aus der Herstellung des Baues entstandenen Forderung ZwV. betreibt. Vgl. die Regelung für den Anspruch auf Auszahlung der Bausicherungssumme, die zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu verwenden ist, in §§ 97, 98 VersG. v. 30. Mai 1908. — S. a. JDR. § 851 **1** 2, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 3, **8** 1 u. BGB. § 399 Ziff. 4.

2. a) **RG.** BayRpflZ. **10** 98, SeuffBl. **10** 677, WarnE. **3** 56, R. **10** Nr. 312. Zu den nach § 717 Satz 1 BGB. nicht übertragbaren, daher nach § 851 Abs. 1 ZPO. unpfändbaren Ansprüchen eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnisse gehören die Ansprüche auf Leistung der Beiträge gegen die Mitgesellschafter. Die Ausnahmen des § 717 Satz 2 BGB. sind nicht ausdehnend auszulegen. **b)** BreslauAK. **10** 11 (Breslau). Das Recht auf Abschluß eines Kaufvertrags ist ein höchstpersönliches, daher der Ausnahmebestimmung des § 851

Abs. 2 nicht unterworfen. c) **RG.** HessRspr. **10** 145. Der Anspruch auf Kreditgewährung ist an die Person des Schuldners und an den Zweck, für den der Kredit bewilligt ist, gebunden, daher nicht abtretbar und nicht pfändbar. d) **RG.** R. **10** Nr. 3057. Der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Herausgabe des Briefes hat ebensowenig wie der Brief selbst einen realisierbaren Vermögenswert, kann deshalb nicht selbständiger Gegenstand der ZwV. wegen einer Geldforderung sein. Seine Pfändung und Überweisung kommt nur als Mittel zur Durchführung der ZwV. in das dem Vollstreckungsschuldner an der Hypothekenforderung zustehende Recht in Frage. e) OLG. **21** 112 (München). Die Pfändung des einer Partei gemäß § 271 zustehenden Anspruchs auf Erlaß eines Urteils im Kostenpunkt ist ausgeschlossen, da kein übertragbares Privatrecht, sondern lediglich ein öffentlich-rechtlicher „Rechtsschutzanspruch" in Frage kommt (Gaupp-Stein zu § 171, Planck, Lehrb. I 385).

3. a) **RG.** JW. **10** 830, R. **10** Nr. 3058. Das Recht auf die Zinsen einer Forderung ist zwar insofern „akzessorisch", als es das Bestehen einer Hauptforderung voraussetzt. Daraus folgt aber nicht, daß Zinsrecht und Hauptrecht nur in derselben Hand sein können (vgl. §§ 1076, 1383, 1649, 101 Abs. 2, 1145 Abs. 2 BGB.). Das Zinsgenußrecht ist daher selbständig pfändbar. b) KGBl. **10** 53 (LG. I Berlin). Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben des Mitgliedes einer Genossenschaft, der diesem bei dem Ausscheiden erwächst, ist übertragbar und auch pfändbar. § 66 GenG. bestimmt lediglich, daß nur der Gläubiger, der die Pfändung und Überweisung des Guthabens nach fruchtloser Vollstreckung bewirkt hat, die Kündigung an Stelle des Schuldners ausüben darf, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist. Nicht aber bestimmt er, daß eine Pfändung und Überweisung des Guthabens überhaupt nur nach fruchtloser Vollstreckung stattfinden dürfe. Das fehlende Kündigungsrecht macht die Pfändung nicht bedeutungslos. Sie hindert z. B. den Schuldner an zukünftiger nachteiliger Verfügung, gibt ein Recht auf Auszahlung, wenn das Guthaben infolge anderer Umstände fällig wird, gewährt ein Absonderungsrecht im Konkurse. c) HessRspr. **10** 165 (LG. Darmstadt). Das auf dem hessischen G. vom 21. Juni 1852 beruhende Recht auf Almende ist zwar als solches unübertragbar. Seine Ausübung kann aber übertragen und daher gepfändet werden. d) HessRspr. **11** 82 (Darmstadt). Nach Zuweisung eines Almendeloses an den Berechtigten ist die Pfändung der dem Ortsbürger auf Grund seiner Berechtigung zukommenden Nutzungen zulässig.

§ 853. BuschsZ. **40** 331 (AG. u. LG. Paderborn). Die Anzeige des Drittschuldners (§ 853) ist kein unentbehrliches Erfordernis für die Einleitung des Verteilungsverfahrens (§ 872). Das Vollstreckungsgericht kann dazu auch ohne solche Anzeige schreiten, wenn es in glaubhafter Weise erfährt, daß die sachlichen Voraussetzungen gegeben sind.

§ 857. Literatur: du Chesne, Die Pfändung des Nacherbrechts, SeuffBl. **10** 235—238. — Francke, Eigentumsvorbehalt und Pfändung, BuschsZ. **40** 461—468.

I. Pfändung des Anspruchs aus dem Möbelleihvertrage. a) Francke bespricht die verschiedenen Ansichten über die Pfändung von Leihmöbeln und gelangt wieder zu folgendem, schon BuschsZ. **36** 308 ff. von ihm gewonnenen Ergebnisse: Durch Pfändung einer Sache entsteht nicht nur dann Pfandrecht, wenn sie dem Schuldner zu eigen gehört, sondern schon dann, wenn sie sich nur in dessen Gewahrsam befindet. In letzterem Falle freilich nur so lange, als nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht des Schuldners oder eines Dritten klargestellt und nicht etwa durch entgegenstehende Befugnis des Gläubigers ausgeschlossen oder aufgehoben ist. Der Eigentumsvorbehalt hindert also nicht, die dem Schuldner auf Abzahlung überlassenen Gegenstände im Wege der Sachpfändung zu pfänden. Daneben muß der Gläubiger aber die dem Schuldner gegen den Eigentümer zustehenden

Ansprüche aus dem Möbelleihvertrage pfänden, da er nur so ausschließen kann, daß der Schuldner durch seinen Widerspruch verhindert, daß der Eigentümer vom Pfändungsgläubiger die Restzahlungen entgegennehmen muß (§ 267 BGB.). Der Widerspruch des nicht gebundenen Schuldners könnte an sich nicht als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden. **b)** KGBl. **10** 88 (LG. I Berlin, in ständiger Praxis). Die Pfändung von Leihmöbeln kann, da für ihre Zulässigkeit lediglich die Tatsache des Gewahrsams gemäß §§ 808, 809 maßgebend ist, alsbald unmittelbar ohne Rücksicht auf die Eigentumsfrage erfolgen. Der Vollstreckungswiderspruch des Abzahlungsverkäufers wird durch Zahlung des Restes beseitigt. Die Pfändung und Überweisung des Erwerbsrechts gegen den Eigentümer ist weder erforderlich noch geeignet, um das Recht des Eigentümers, die Zahlung des Abzahlungsrestes durch den Pfändungsgläubiger bei Widerspruch des Schuldners abzulehnen (§ 267 Abs. 2 BGB.), auszuschalten. Ein solcher Widerspruch ist vielmehr deshalb unbeachtlich, weil der Schuldner durch Ausbeutung seines formell gegebenen Widerspruchs die ZwV. nicht vereiteln darf, und weil der Eigentumsvorbehalt lediglich zugunsten des Verkäufers gilt. **c)** OLG. **20** 349 (KG.). Der Gläubiger, der Leihmöbel pfändet, kann das Recht des Verkäufers eine Zahlung des Kaufgeldrestes durch ihn bei Widerspruch des Schuldners nach § 267 Abs. 2 BGB. abzulehnen, n u r dadurch beseitigen, daß er neben der Sachpfändung die Rechte des Schuldners aus dem Möbelleihvertrage nach § 857 pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt (KGBl. **04** 38, G a u p p - S t e i n Anm. 9 zu § 857). Durch § 226 BGB. wird das Recht des Verkäufers, die Zahlung durch einen Dritten abzulehnen, nicht beseitigt, denn jener braucht auf den außerhalb des Schuldverhältnisses zwischen ihm und seinem Käufer stehende Pfändungsgläubiger keine Rücksicht zu nehmen. Überdies wird die Ablehnung neben dem Interesse des Käufers häufig dem eigenen Interesse des Verkäufers dienen. **d)** SeuffA. **65** 37 (KG. 17. Sen.). Die Pfändung des Anspruchs des Schuldners aus dem Möbelleihvertrag auf Verschaffung des Eigentums ist nicht deshalb der Pfändung entzogen, weil der Gläubiger daneben das Recht hat, die Leihmöbel gemäß § 808 unmittelbar zu pfänden. Er beugt durch die Anspruchspfändung jedenfalls der Widerspruchsklage des Eigentümers und dem Streite darüber, ob dieser eine Zahlung des Restbetrags des Kaufgeldes von ihm annehmen muß (§ 267 BGB.) vor. (Ebenso KGBl. **15** 38 [13. Sen.]). — S. a. JDR. § 857 **3** III 5, **4** II 3, **5** II 3, **6** III 3, **7** II, **8** II.

II. 1. **a)** M ü l l e r , DJZ. **10** 702, führt gegen DJZ. **09** 1336 (Colmar) aus, daß der Anspruch des M i t e i g e n t ü m e r s a u f T e i l u n g nicht selbständig, d. h. nicht ohne Rücksicht auf die obligatorischen Beziehungen unter den Mitberechtigten pfändbar sei. — Der Gläubiger, für den auf Grund des § 866 eine Zwangssicherungshypothek auf dem Anteile des Schuldners an einem Grundstück eingetragen worden ist, hat — in analoger Anwendung des § 1258 BGB. — das Recht, Teilung zu verlangen. (Ebenso K r e tz s ch m a r , ZBG.). **b)** d u C h e s n e. Das N a ch e r b r e ch t ist kein reines Vermögensrecht, besitzt vielmehr familienrechtliche Natur. Als Recht solcher Art ist es unübertragbar (RJA. **3** 229 [Colmar]), daher unpfändbar.

2. W u r z e r , GruchotsBeitr. **54** 360 ff., führt in eingehender Darlegung gegen E c c i u s , Preuß. PrR. [7] II 230 aus, daß das J a g d p a ch t r e ch t als solches grundsätzlich unpfändbar, seine Ausübung nur insoweit pfändbar sei, als die Zustimmung derjenigen Personen beigebracht wird, denen nach § 22 JagdO. und § 549 BGB. das Genehmigungsrecht zur Überlassung des Rechtes an Dritte verliehen ist. Die Ausübung der Jagd durch angestellte Jäger, auf deren Zulässigkeit E c c i u s die Meinung von der unbeschränkten Pfändbarkeit der Ausübung stütze, sei keine Ausübung eines übertragenen Rechtes im Sinne des § 857 Abs. 4, sondern lediglich Dienstleistung von Besitzdienern. S. auch BGB. § 399 Ziff. 8.

3. P f ä n d u n g d e s A n s p r u ch s a u f G r u n d b u ch b e r i ch t i -

gung. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 940, WarnE. **3** 248. Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs eines Bauhandwerkers auf Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 648, 883 BGB.) steht und fällt mit dem Anspruche, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist (**RG. 58** 302). Insoweit hiernach der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, kann der Eigentümer von dem eingetragenen Berechtigten Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Vormerkung verlangen; eine Eigentümergrundschuld entsteht nicht (**RG. 65** 260). Dieser Berichtigungsanspruch ist ein Ausfluß des Eigentums am Grundstück; er geht mit diesem von selbst auf den neuen Eigentümer über und läßt sich auch sonst vom Eigentume nicht trennen. Es ist daher selbständig weder abtretbar, noch pfändbar. b) **RG.** R. **10** Nr. 2398. Rechte sind nach §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar sind. Bei der Einschränkung dieser Regel durch § 857 Abs. 3 ist gedacht an Rechte, wie den Nießbrauch (§ 1059 BGB.) oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092 BGB.), und verstanden ist unter Ausübung des Rechtes eine Ausübung zum eigenen Vorteil. Danach ist der Anspruch eines Grundstückseigentümers auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung einer Eintragung, namentlich einer Vormerkung, selbständig weder übertragbar noch pfändbar, da nicht ersichtlich ist, wie aus der Ausübung des Rechtes des Eigentümers auf solche Löschung für einen anderen als den Eigentümer ein Vorteil entspringen könnte. c) HansGZ. **10** Beibl. 65 (Hamburg). An der Eigentümerbuchhypothek entsteht ein Pfandrecht erst durch Eintragung der Pfändung im Grundbuche (§ 830 Abs. 1). Die Pfändung des Anspruchs des Eigentümers gegen den noch als Hypothekengläubiger eingetragenen Dritten auf Berichtigung des Grundbuchs hat nur vorbereitende Bedeutung. Verfügt der Dritte trotz der Pfändung des Berichtigungsanspruchs über die Hypothek, so verletzt er kein Recht des Pfändungsgläubigers an der Hypothek (§ 823 BGB.).

4. * Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 304/14. Auch die Pfändung der unübertragbaren Rechte begründet ein Pfandrecht an dem verstrickten Rechte selbst. Das Anwendungsgebiet des § 857 Abs. 3 geht über die Pfändung der persönlichen Dienstbarkeiten weit hinaus. Die meisten Rechte sind der Ausübung nach übertragbar (überlaßbar). Auch einzelne Befugnisse eines Rechtes sind überlaßbar, so der Berichtigungsanspruch. Hilfspfändungen führen dem Gläubiger nicht unmittelbar Geld zu, sie sind nur bei der Zuführung eines befriedigungsfähigen Gegenstandes behilflich.

5. **RG.** JW. **10** 830, R. **10** Nr. 3055. Mit der Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs an einer Briefhypothek ist in entsprechender Anwendung des § 829 das Gebot an den Schuldner (Nießbraucher) zu verbinden, sich jeder Verfügung über das gepfändete Recht zu enthalten. Die Wirksamkeit dieses Gebots wird durch §§ 135, 136 BGB. nicht gewährleistet. Um den Gl. gegen eine Vereitelung seiner Pfändungspfandrechte namentlich durch Löschung des Nießbrauchs auf Verzicht oder Löschungsbewilligung des Nießbrauchers zu schützen, bedarf es der Eintragung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch. Zu dieser ist die Vorlegung des Hypothekenbriefs erforderlich. § 42 GBO. (Predari 440).

III. Pfändung der Eigentümerhypothek und des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1022. Folgende Rechtsgrundsätze werden festgehalten: Zur Pfändung einer Eigentümerbriefgrundschuld ist die Übergabe des Hypothekenbriefs, aus der die Eigentümergrundschuld entstanden ist, erforderlich (**RG. 55** 378, **56** 13, 184, **59** 313, **70** 279). Die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes gegen einen Dritten ersetzt die Übergabe oder Wegnahme des Briefes nicht (**RG. 63** 217). — Ist die Briefhypothek teilweise Eigentümergrundschuld geworden, so steht dem Grundstückseigentümer ein Anspruch auf Herausgabe des Briefes oder

Einräumung des Mitbesitzes an diesem gegen den Hypothekar überhaupt nicht zu, sondern nur ein Anspruch auf Vorlegung des Briefes zwecks Herstellung eines Teilbriefs, dessen Abtretung aber die körperliche Übergabe gemäß § 931 BGB. nicht ersetzt (**RG. 69** 36). **b)** RheinA. **107** I 183 (Cöln). Die Pfändung einer Eigentümerhypothek ist unwirksam, wenn die Wegnahme des über sie gebildeten Briefes unterblieben ist. Die Zulassung einer Pfändung ohne Briefübergabe würde den Rechtsverkehr gefährden, da bei einer zwischenzeitlichen Übertragung der Hypothek die Pfändung gegenüber dem redlichen Erwerber keine Wirkung hat. Die Pfändung der Eigentümerbriefhypothek ergreift auch nicht nach § 952 BGB. ohne weiteres den Brief. Denn nach § 830 ZPO. ist eben die Wegnahme des Briefes zur Entstehung des Pfändungspfandrechts erforderlich. **c)** RheinA. **107** I 185 (Düsseldorf) wird ein Anwalt für haftpflichtig erklärt, weil er die vom RG. anerkannten Grundsätze über die Pfändung von Eigentümerbriefhypotheken nicht beachtet habe. **d)** BreslauAK. **10** 18 OLG. **20** 355 (Breslau). Für das Recht des Subhastaten auf den Überschuß des Erlöses über die Forderungen der beteiligten Gläubiger ist der Ersteher Schuldner (Drittschuldner i. S. des § 829), der Subhastat Gläubiger (Schuldner i. S. d. § 829). Zur Pfändung dieses Anspruchs auf die **hyperocha** in der Zeit zwischen Verkündung des Zuschlags und Kaufgelderverteilung ist daher die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Ersteher erforderlich (§ 829). **e)** **RG.** R. **10** Nr. 756. Nach Erteilung des Zuschlags ist zur Pfändung des auf eine erlöschende Hypothek fallenden Teiles des Versteigerungserlöses die Übergabe des Briefes nicht erforderlich (**RG. 63** 214, **64** 216). **f)** **RG.** SeuffA. **65** 38 = **RG. 70** 278 f. JDR. 8 § 857 IV a. Form der Pfändung des auf eine Eigentümergrundschuld künftig entfallenden Versteigerungserlöses. — S. a. **JDR.** § 857 **3** II 3, **4** II 2, **5** II 2, **6** II 2, **7** III 2, **8** IV.

§ 859. 1. **a)** Herold, SächsRpflA. **10** 328. Anders als die Pfändung von Gesellschaftsanteilen (§ 725 Abs. 2 BGB., ZBlFG. **10** 35 ff.) enthält die Pfändung von Erbteilen eine Verfügungsbeschränkung auch bezüglich der einzelnen zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke. Ist ein zum Nachlasse gehöriges Grundbuchrecht bereits auf die Erbengemeinschaft umgeschrieben, so kann auf Grund eines Pfändungsbeschlusses, durch den der Erbteil eines Miterben gepfändet wird, ein Veräußerungsverbot eingetragen werden. **b)** RJA. **10** 69 (KG.). Wenn auch die Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an dem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstück unzulässig ist und deshalb keine Grundlage für eine Eintragung in das Grundbuch bietet (KGJ. **20** A 85, **28** A 111), so findet doch auf Grund einer Verfügung über den Erbanteil selbst eine Eintragung auf dem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücke statt (KGJ. **26** A 114, OLG. **4** 190, **5** 427), und es kann insbesondere die Pfändung des Erbanteils als Verfügungsbeschränkung in der 2. Abteilung des Grundbuchs auf dem Nachlaßgrundstück eingetragen werden (KGJ. **31** A 263). Diese Eintragung erfolgt im Wege der Grundbuchberichtigung. Da aber die Eintragung nach § 40 Abs. 1 GBO. nur erfolgen darf, wenn der Miterbe als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, so bedarf es nach § 22 Abs. 2 aaO. — falls dies noch nicht geschehen ist, zur Grundbuchberichtigung der Zustimmung der Miterben, da ein Fall des § 14 aaO. weder gegenüber dem Pfändungsschuldner noch gegenüber den anderen Miterben vorliegt. Wird diese Zustimmung nicht freiwillig erteilt, so muß der Pfändungsgläubiger gemäß § 895 BGB. gegen alle Miterben auf Erteilung der Zustimmung klagen. Ob gegen die übrigen Miterben — abgesehen also vom Pfändungsschuldner — ein Klagerecht unmittelbar oder erst nach Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs zulässig ist, bleibt dahingestellt. **c)** FrankfRundsch. **44** 130 (KG.). Auch von dem Miterben, gegen den sich die ZwV. richtet, muß eine Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gemäß § 29 GBO. beigebracht werden, da die Eintragung der Verfügungsbeschränkung von ihm nicht auf Grund des vollstreckbaren Titels, sondern erst auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses verlangt werden

kann (§ 14 GBO.). Auch gegen ihn muß nötigenfalls erst nach § 895 BGB. geklagt werden. d) FrankfRundsch. **43** 164 (LG. Frankfurt a. M.) erachtet zwar die Pfändung des Anteils an einer Miterbengemeinschaft, nicht aber die Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf Auseinandersetzung und Teilung gegen die Miterben für eintragungsfähig bei den Nachlaßgrundstücken.

2. BayObLG. **10** 341. Nach gemeinem Rechte entsteht durch Pfändung eines Erbteils als solchen für den Gläubiger des Miterben kein Pfandrecht an dem Anteile des Schuldners an den einzelnen Nachlaßgegenständen, daher kann auf Grund eines Pfändungsbeschlusses solchen Inhalts nicht eine Protestation auf den Blättern der Nachlaßgrundstücke eingetragen werden.

3. BraunschwZ. **10** 112 (Braunschweig). Es ist nicht erforderlich, daß den Gesetzesworten entsprechend „der Anteil der Miterben am Nachlasse" gepfändet wird. Es ist zulässig, daß der Gläubiger die einzelnen Ansprüche, die aus der Erbengemeinschaft dem Schuldner zustehen, oder auch nur einige dieser Ansprüche pfändet, sofern nur darin nicht eine unzulässige Pfändung einzelner Nachlaßgegenstände liegt.

4. a) BadRpr. **10** 14 (Karlsruhe). Bei der Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse sind die anderen Miterben als Drittschuldner zu betrachten (Staudinger [3/4] Anm. 4 Abs. 1 zu § 2033 BGB.; Gaupp-Stein [8/9] Bem. III Abs. 2 zu § 859 Fußnote 23, Bem. III Abs. 1 zu § 857; Petersen-Anger [5] Bem. 4 zu § 859 u. Fußnote 10, Bem. 3 zu § 857; **RG. 49** 405). Die Erbauseinandersetzung ist gegenüber einem Erbteilspfändungsgläubiger, der ihr nicht zustimmt, soweit seine Forderung geht, unwirksam. b) OLG. **20** 354, ElsLothJZ. **10** 513 (Colmar). Die Pfändung des Miterbenanteils erfolgt durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die übrigen Miterben. Ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden — hierzu „Annahme" erforderlich §§, 2203, 2228 BGB. —, so genügt Zustellung an diesen.

5. **RG.** JW. **10** 755. Zur Wirksamkeit der Pfändung des Erbteils einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Ehemann nicht erforderlich.

6. HessRspr. **11** 180 (LG. Gießen). Ein Gläubiger, der den Anteil eines Miterben am Nachlasse gepfändet hat, kann, ohne daß es der Überweisung bedarf, einen Antrag auf Auseinandersetzung gemäß § 86 FGG. stellen. Im Laufe dieses Verfahrens kann er auch Versteigerung der Nachlaßgrundstücke nach §§ 180, 181 ZVG. beantragen. — Vgl. dazu Planck Anm. 2 zu § 2042 BGB.

§ 861. OLG. **20** 365 (KG.). Zu den „erworbenen Früchten" i. S. des § 861 Abs. 1 Satz 2 gehören auch die Ansprüche auf erst künftig fällige Leistungen aus bereits bestehenden Forderungen (z. B. auf Mietzinsen für die Zukunft). Auf die Pfändung von Mietzinsansprüchen bezügl. des zum eingebrachten Gute gehörigen Grundstücks gegen den Ehemann findet der nur von Verfügungen des Vermieters handelnde § 573 BGB. nur dann Anwendung, wenn der Mann kraft seines Nießbrauchsrechts im eigenen Namen die Mietverträge abgeschlossen hat.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 865. Abs. 2. 1. ZBlFG. **10** 737, SächsOLG. **31** 482 (Dresden). § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO verbietet nur die Pfändung von Gegenständen, welche noch Zubehör des Grundstücks sind. Ist die Zubehöreigenschaft aufgehoben, so kann dies — falls es nämlich nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geschah (§ 1122 Abs. 2 BGB.) — nur zur Folge haben, daß der Hypothekengläubiger einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse geltend machen kann. (Vgl. Seuffert Anm. 2 b Abs. 3, Gaupp-Stein Anm. IV zu § 865 ZPO., OLG. **15** 168.)

2. BuschsZ. **40** 115 (LG. Leipzig). Die Legitimation des Hypothekengläubigers, für den z. Z. der Klagerhebung eine Hypothek eingetragen war, zur Erhebung

der Widerspruchsklage gegen die Pfändung von Zubehör wird nicht dadurch beseitigt, daß die Hypothek während des Rechtsstreits infolge Zwangsversteigerung gelöscht wird.

3. SeuffA. **64** 484 = OLG. **19** 151 (Kiel) s. JDR. 8 § 865 Nr. 2 b. Betr. einstweilige Anordnung zum Schutze eines Hypothekengläubigers gegen die Veräußerung von Zubehör durch den Konkursverwalter.

§ 866. Abs. 3. 1. BayRpflZ. **10** 44 (LG. München). Auch für Zinsrückstände, welche 300 M. übersteigen, kann eine selbständige Zwangshypothek eingetragen werden (Petersen-Anger [4] § 866 4 a).

2. DNotV. **10** 733 = KGJ. **37** A 303 s. JDR. 8 § 866 a. Bei Verurteilung auf Grund des Anfechtungsgesetzes ist für die Zulässigkeit der Eintragung einer ZwHypothek nach § 866 Abs. 3 die Höhe der der Anfechtung zugrunde liegenden Forderung maßgebend.

3. KGJ. **39** A 258 (KG.). Der Schuldtitel für die Beitreibung von Berufsgenossenschaftsbeiträgen wird nicht durch den Vollstreckungsantrag der Gemeindekasse (§ 39 BauUVG., § 103 GewUVG., § 90 PrKommAbgG., § 51 Abs. 1 Satz 2 v. 15. 11. 99), sondern durch die in der Heberolle erfolgte Festsetzung der Beiträge von seiten der Berufsgenossenschaft gebildet (§ 27 BauUVG., OLG. **16** 318). Die einzelnen unter 300 M. betragenden Rückstände aus mehreren Heberollen dürfen daher auch dann nicht als Sicherungshypothek eingetragen werden, wenn die Gemeindekasse die Eintragung des die Summe von 300 M. übersteigenden Gesamtbetrags dieser Rückstände beantragt. — Vgl. KGJ. **39** A 261 betr. Zulässigkeit einer Zwangshypothek für Vorschüsse auf Berufsgenossenschaftsbeiträge.

4. SächsOLG. **31** 354 (Dresden) betr. die Haftung eines Anwalts für die durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit, für 300 M. nicht übersteigende Teile einer diese Summe übersteigenden Gesamtforderung später Sicherungshypotheken eintragen zu lassen.

§ 867. 1. **RG.** RJA. **10** 142, ZBlFG. **10** 498, DNotV. **10** 736 = **RG. 71** 312 s. JDR. 8 § 867 Nr. 2. Die Verteilungserklärung aus § 867 Abs. 2 bedarf nicht der Form des § 29 GBO. Ebenso: HessRspr. **11** 38 (Darmstadt).

2. RJA. **10** 60, DNotV. **10** 735 = KGJ. **37** A 299 (KG.), s. JDR. 8 § 867 Nr. 1 betr. Formlosigkeit des Antrags auf Eintragung der ZwHypothek für einen Teilbetrag der Urteilsschuld.

§ 868. OLG. **21** 23, RJA. **10** 160, ZBlFG. **10** 510, DNotV. **10** 737, KGJ. **38** A 276 (KG.) = KGBl. **09** 70 s. JDR. 8 § 868. Eigentümer des Grundstücks i. S. des § 868 Abs. 1 ist derjenige, der zur Zeit des nach Maßgabe des § 868 erfolgenden Erwerbes der Hypothek Eigentümer ist.

§ 869. **RG.** JW. **10** 584, R. **10** Nr. 1808. Aus § 869 folgt, daß das ZVG. vom 24. März 1897, nF. v. 20. Mai 1898, als ein Teil der ZPO. anzusehen ist. Deshalb finden die Vorschriften der ZPO., namentlich die des achten Buches, auf das ZwVerstVerfahren Anwendung, soweit sich nicht aus dem genannten Gesetz ein anderes ergibt.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 878. 1. ElsLothJZ. **35** 145 (Colmar) = R. **09** Nr. 2021 s. JDR. 8 § 878 Nr. 2. Der im Verteilungsverfahren erhobene Widerspruch (§§ 115, 124 ZVG.) braucht überhaupt nicht begründet zu werden. Eine Übereinstimmung der Begründung dieses Widerspruchs mit der Widerspruchsklage aus §§ 878/880 ist nicht notwendig.

2. **RG.** R. **10** Nr. 963. Mit der Widerspruchsklage aus § 878 können auch andere Klagen verbunden werden, sofern der gleiche Gerichtsstand gegeben ist.

3. **RG. 72** 49. Die Ansicht der Revision, daß die Einrede der Rechtshängigkeit im Verhältnisse zwischen zwei Gläubigern, die ihren Liquidaten gegenseitig widersprochen haben, im Rahmen des § 878 grundsätzlich kein Raum sei, hat viel für sich.

RG. nimmt hierzu jedoch keine bestimmte Stellung: Die Behauptung, daß dem Vollstreckungsgericht innerhalb der Monatsfrist des § 878 Abs. 1 die Zustellung der Klage nachgewiesen ist, gehört zur Substantiierung der Widerspruchsklage.

§ 882. **RG.** R. **10** Nr. 2877. Ist zur Fortsetzung und Ergänzung des früheren Verfahrens ein neuer Verteilungstermin anberaumt, so ist ein zum mündlichen Verfahren zugezogener Gläubiger, der in einem früheren Verteilungstermine widersprochen hat, zum Widerspruch und zur Erhebung der Widerspruchsklage (§ 878 Abs. 1) gegen den neuen Plan auch dann befugt, wenn er seinen früheren Widerspruch nicht durch Klage verfolgt hat.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883. 1. Krahn, PosMSchr. **10** 142. Der Gläubiger braucht sich nicht mit einer uneidlichen Angabe des Schuldners über den Ort, wo sich die herauszugebende Sache befindet, zu begnügen. Er kann beanspruchen, daß der Schuldner eidlich angebe, was er über den Verbleib der Sache weiß. Dementsprechend ist die Eidesnorm des § 883 Abs. 2 zu ändern.

2. S. auch zu § 894 Nr. 1.

§ 886. RheinARB. **28** 69 (LG. Cöln). Da § 883 auf die Verpflichtung zur Herausgabe eines Kindes analoge Anwendung findet (**RG.** JW. **06** 557), ist auch § 886 entsprechend anwendbar, indem der „Gewahrsam“ der „Obhut eines Dritten über das Kind“ gleichzustellen ist.

§ 887. 1. a) BadNotZ. **10** 39 (LG. Waldshut). Urteile auf Zahlung an einen Dritten gehen auf eine Handlung, sind also nach § 887 zu vollstrecken. Aus ihnen kann daher keine Zwangshypothek eingetragen werden. Erst der Beschluß, der den Schuldner nach § 887 zur Vorausbezahlung der Kosten verurteilt, kann, da er nach §§ 793, 794 Ziff. 3 sofort vollstreckbar ist, die Grundlage für eine Sicherungshypothek nach § 866 bilden. **b)** MecklZ. **28** 206 (Rostock). Auf die ZwV. zur Erwirkung der Auflassung eines Grundstücks findet nicht § 888, sondern § 887 Anwendung, da die Auflassung durch einen Dritten, nämlich durch den vom Amtsgerichte der belegenen Sache nach Analogie des § 848 Abs. 2 zu bestellenden Sequester erfolgen kann. ➸ Wie die Bezugnahme auf **RG. 55** 57 ergeben dürfte, soll dies nach Ansicht des OLG. aber nur gelten, soweit § 894 ZPO. nicht Platz greift. Red. ⟵ **c)** FrankfRundsch. **43** 147 = R. **09** Nr. 3424 (Frankfurt) s. JDR. **8** § 887 Nr. 1. § 887 findet Anwendung auf die Verurteilung des Schuldners zur Beseitigung einer Hypothek, nicht aber auf die Verurteilung des Schuldners, einer anderen Hypothek den Vorrang zu verschaffen. **d)** Koeppen, DJZ. **10** 237. Ein Urteil, durch das der Schuldner zur Beschaffung eines Erbscheins nach seinem Erblasser verurteilt worden ist, ist regelmäßig nach § 887 zu vollstrecken. Denn in den meisten Fällen bedarf der Gläubiger des Erbscheins zum Zwecke der ZwV., ist also nach § 792 selbst in der Lage, den Erbschein zu beantragen. Nur wenn der Gläubiger den Erbschein zu einem anderen Zwecke gebraucht und einwandfrei feststeht, daß der Schuldner die nötigen Geldmittel besitzt oder der Gläubiger sie vorschießt (**RG.** JW. **98** 605), ist Beugezwang nach § 888 zulässig. Die Entscheidung **RG. 39** 418 ist unmittelbar nicht mehr praktisch.

2. OLG. **20** 367 (Celle). Wegen der nach § 887 Abs. 2 zulässigen Nachforderung eines über den ursprünglich angenommenen Kostenbetrag hinaus entstandenen größeren Kostenaufwandes kann der Gläubiger keine Verurteilung des Schuldners zur „Vorauszahlung“ verlangen, er kann vielmehr diesen Mehrbetrag nur entweder gemäß § 788 beitreiben oder nach § 104 festsetzen lassen (Gaupp-Stein, Seuffert zu § 887).

§ 888. 1. a) RheinA. I 225 (Cöln). Die Verurteilung zur Rücknahme einer landgerichtlichen Klage ist nach § 888 zu vollstrecken. Diese Handlung ist ausschließlich

vom Willen des Schuldners abhängig, da er die notwendige Mitwirkung eines Anwalts gemäß § 33 RAO. erzwingen kann. § 894 kommt nicht zur Anwendung, weil nur ein Anwalt die erforderliche Erklärung der Klagerücknahme abgeben kann. **b)** BayRpflZ. **10** 433 (München). Durch die Notwendigkeit, daß der Schuldner Hilfskräfte zuziehen und Geldmittel aufwenden muß, um dem Urteile zu genügen, wird die Anwendung des § 888 nicht ausgeschlossen. Dies ist erst der Fall, wenn die Hilfsmittel nicht zu erlangen sind und der Schuldner so an der Vornahme der Handlung wirklich durch Umstände gehindert ist, die von seinem Willen unabhängig sind. S. auch zu § 894 Nr. 2.

2. OLG. **20** 369, HansGZ. **10** Beibl. 80 (Hamburg). Ist der Beklagte verurteilt, die Abholung eines Kindes aus seiner Wohnung zu gestatten, so hängt die Erfüllung nicht mehr ausschließlich von dem Willen des Beklagten ab, wenn das Kind nachträglich anderweitig untergebracht wird.

3. SächsOLG. **31** 38 (Dresden). Handelt es sich um eine dem Schuldner nicht jederzeit ohne weiteres mögliche Leistung, sondern um eine solche, die eine vorherige Tätigkeit erfordert, so kann gegen den Schuldner nicht sofort mit der Auferlegung einer gegen ihn vollstreckbaren Strafe vorgegangen werden, der Zwang hat vielmehr unter Bestimmung einer Frist für die Leistung mit der Androhung einer Strafe zu beginnen (**RG. 42** 421, **53** 181). Erst nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ist die Strafe festzusetzen.

4. OLG. **20** 367 (KG.). Strafandrohung und -Verhängung aus § 888 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner infolge von Gebrechlichkeit die Handlung nicht mehr selbst vornehmen kann. Sache des Schuldners ist es, für die Bestellung eines Pflegers zu sorgen, der die Verpflichtung statt seiner erfüllt.

5. OLG. **20** 370 (KG.). Mit Rücksicht auf den verschiedenen Charakter der beiden Strafen ist es unzulässig, ein und dieselbe Strafe sowohl für die Unterlassung einer Handlung nach § 888 als auch für die Vornahme einer verbotenen Handlung nach § 890 festzusetzen.

6. Abs. 2. **a)** *Werner, Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft in seiner prozessualen Durchführung 90 ff. Nicht vollstreckbar ist ein Urteil auf Herstellung des ehel. Lebens nur dann, wenn es sich um die Erzwingung einer höchstpersönlichen Verpflichtung handelt. Der zivilprozessuale Begriff „Herstellung des ehelichen Lebens" ist ein viel engerer, als der bürgerlich-rechtliche Begriff „Herstellung der Lebensgemeinschaft". Ein Urteil im ersteren Sinne ist nicht vollstreckbar, wohl aber ein solches im letzteren Sinne, wenn z. B. die Verurteilung zur Unterhaltsleistung in Frage steht. **b)** *Scriba (vgl. zu § 1353 BGB. Ziff. I 3) 40. Das reichsgesetzliche Verbot zivilprozessualen Zwanges schließt die landesgesetzliche Anordnung polizeilichen Zwanges behufs Herstellung der ehelichen Gemeinschaft aus. **c)** *Regelsberger, JheringsJ. **58** 169. Der Beugezwang des Abs. 1 ist überall ausgeschlossen, wo er sich als eine unangemessene Maßregel erweist, nicht bloß in den im Abs. 2 angeführten Fällen. **d) RG. 72** 393, SeuffA. **65** 331, DJZ. **10** 593 (Plen. Beschl.). Aus dem Dienstvertrag entspringt kraft Gesetzes nur ein Anspruch auf Leistung der Dienste, nicht jedoch ein Anspruch dahin, daß der Verpflichtete in der Zeit, während welcher er sich vertragswidrig vom Dienste fernhält, keinem anderen Dienste leiste. Ob Vertragsauslegung etwas anderes ergeben kann, bleibt unentschieden. S. JDR. **8** § 888 Nr. 4.

§ 889. SächsOLG. **31** 344 (Dresden). Zur Eidesleistung nach § 889 hat der Gläubiger den Schuldner zu laden, da eine Ladung des Schuldners von Amts wegen im Gesetze nicht vorgesehen ist. (So: Seuffert Anm. 2 b, Petersen-Anger Anm. 1, Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 889; aM. Gaupp-Stein.) AaO. wird darauf hingewiesen, daß es sich nach der Novelle vom 1. Juni 1909 im Amtsgerichtsprozeß anders verhält (§ 497 nF.).

§ 890. 1. ElsLothJZ. **10** 259 (Colmar). Ist der Beklagte verurteilt, dem Kläger einen Durchgang zu gestatten, so kann, wenn der Beklagte diesen versperrt, ZwV. nur nach § 890, nicht nach § 887 stattfinden, da das Urteil den Beklagten verurteilt, die Vornahme einer Handlung des Klägers — des Durchganges — zu dulden.

2. OLG. **20** 370 (Königsberg). Auch gegen den Fiskus ist wie gegen jede andere juristische Person die Androhung einer Geldstrafe nach § 890 zulässig. Nur Haft kann nicht angedroht werden. ➠ Eine solche Strafe dürfte jedes Zwangs- und Strafcharakters entbehren, da sie lediglich von einer statio fisci der anderen zuflösse. Red. ⟵

3. HessRspr. **11** 59 (LG. Darmstadt). Die Strafe aus § 890 hat zweifache Natur: sie stellt ein Zwangsmittel zur Verhütung fernerer Zuwiderhandlungen, zugleich aber eine wirkliche Strafe für begangenes Unrecht dar. Fällt die erste Funktion fort, weil ein weiteres Zuwiderhandeln unmöglich ist, so bleibt die zweite Funktion doch bestehen (**RG. 36** 418, **38** 422, **53** 183, OLG. **16** 316, **17** 343, Gaupp-Stein § 890 Anm. I Abs. 4, Petersen das. Anm. 6).

4. ElsLothZ. **09** 546 (Colmar). Irrtum über die Tragweite oder Geltungsdauer einer einstweiligen Verfügung entschuldigt nicht die dieser zuwiderhandelnde Partei. Die Festsetzung einer Geldstrafe wegen Zuwiderhandlung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die einstweilige Verfügung inzwischen wegen veränderter Umstände aufgehoben worden ist.

5. SeuffA. **65** 87, R. **10** Nr. 1631 (Rostock). Wenn das Urteil eine bestimmte Strafe androht, ist aus dem Inhalte des Urteils festzustellen, ob mehrfache Zuwiderhandlung sich als ein einheitlicher fortgesetzter, von der Androhung betroffener Verstoß darstellt, oder ob mehrere Verstöße vorliegen, deren jeder für sich von der Strafandrohung betroffen wird.

6. OLG. **20** 370 (KG.). Eine Straffestsetzung nach § 890 ist unstatthaft, wenn nichts mehr zu erzwingen ist (OLG. **1** 91), sie ist deshalb auf Beschwerde aufzuheben, wenn dieser Fall inzwischen eingetreten, z. B. der Mieter, zu dessen Gunsten die Verfügung gegen den Vermieter auf Unterlassung ruhestörenden Lärmes erlassen war, inzwischen ausgezogen ist.

7. OLG. **20** 371 (Celle). Der Streitwert für das Vollstreckungsverfahren aus § 890 ist nicht nach der Höhe der angedrohten Geldstrafe, sondern lediglich nach dem Interesse des Klägers an dem Unterlassen zu bemessen (**RG.** JW. **86** 147, **89** 429, GruchotsBeitr. **30** 1102).

§ 894. 1. SchlHolstAnz. **10** 287 (Kiel). Ein Urteil, das auf Abtretung einer Hypothek und Aushändigung des Hypothekenbriefs lautet, ist nicht nach § 888, sondern in seinem ersten Teile aus § 894, in seinem zweiten aus § 883 zu vollziehen.

2. WürttJ. **22** 304, R. **10** Nr. 3060 (Stuttgart). § 894 findet keine Anwendung, wenn die Verurteilung dahin geht, der Bekl. habe die Erklärung einem bestimmten Dritten abzugeben. Ein solches Urteil ist nach § 888 zu vollstrecken.

3. RJA. **10** 253 (KG.). Die Rechtskraft des Urteils nach § 894 hat zur Folge, daß die Willenserklärung als in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben gilt (Gaupp-Stein, ZPO. [8/9] Anm. II). Dies gilt auch für Handelsregistersachen. Ist eine GmbH. rechtskräftig verurteilt, die Beendigung der Geschäftsführung ihrer Geschäftsführer zum Handelsregister anzumelden, so hat dies dieselbe Bedeutung, als wenn ausgesprochen wäre, daß diejenigen Personen, denen z. Z. der Rechtskraft der Urteile die gesetzliche Vertretung zustehen würde, zur Anmeldung verpflichtet sein sollten.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§ 900. 1. KGBl. **10** 76 (LG. 1 Berlin). Aus Wechselurteilen kann das Offenbarungseidsverfahren nur dann betrieben werden, wenn mit dem vollstreckbaren

Wechselurteile zugleich der Wechsel und bei Wechselregreßschuldnern zugleich der Protest vorgelegt wird.

2. a) Neumann, JW. **10** 932, weist darauf hin, daß es zweckmäßig ist, in entsprechender Anwendung des § 498 nF. dem Schuldner zugleich mit der Ladung zum Offenbarungseidstermine stets den Antrag des Gläubigers mitzuteilen, wie dies auch in dem Ladungsformulare 57 b vorgesehen ist. b) Warschauer, LeipzZ. **10** 749, schlägt vor, in die Ladung des Schuldners zum Offenbarungseidstermine die Aufforderung aufzunehmen, gegebenenfalls vor dem Termine dem Gericht unter Angabe des Gerichts und Zeitpunkts eine innerhalb der letzten 5 Jahre erfolgte Eidesleistung anzuzeigen.

3. Gegen die Ansicht JW. **10** 597 (LG. Güstrow), daß es bei der Ladung zum Offenbarungseide nach der Novelle z. ZPO. einer Zustellung des Antrags auf Anberaumung des Termins nicht bedürfe, vertritt Thuma, JW. **10** 703, die Meinung, daß über diesen Antrag in allen Fällen durch Gerichtsbeschluß (Zurückweisung oder Terminsanberaumung) zu entscheiden sei, der von Amts wegen zugestellt werden müsse.

§ 901. 1. HessRspr. **11** 51 (LG. Darmstadt) tritt der herrschenden Lehre (Reincke [4] 823, Petersen [5] II 635, 638, Gaupp-Stein zu § 901 IV 4, vgl. JDR. § 901 **4** 1 a, **5** 1, **6** 1; aM. Seuffert § 901 Anm. II) dahin bei, daß der im Termine zur Eidesleistung nicht erschienene Gläubiger den Antrag auf Erlaß des Haftbefehls auch noch nach dem Termine schriftlich stellen kann.

2. a) PosMSchr. **10** 49, SeuffA. **65** 248 (Posen). Die Haftanordnung ist eine Entscheidung im Sinne des § 793, nicht nur eine die Art und Weise der ZwV. betreffende Verfügung im Sinne des § 766 (aM. OLG. **15** 17 Breslau). Gegen sie findet daher ohne weiteres sofortige Beschwerde statt. [Ebenso OLG. **15** 294 (KG).] — Ein schriftlicher Widerspruch des Schuldners vor dem Termine zur Eidesleistung ist unbeachtlich. b) HansGZ. **10** Beibl. 88 (Hamburg). Gegen die Anordnung der Haft wegen grundlosen Bestreitens der Verpflichtung zur Eidesleistung findet ➛ nicht erst Erinnerung aus § 766, wie OLG. **17** 202 (Hamburg) und OLG. **15** 17 (Breslau) s. JDR. **6** § 901 Nr. 4, **8** § 901 Nr. 2 annehmen, sondern ⟵ sogleich sofortige Beschwerde statt. Es würde sonst zu dem Widerspruche führen, daß sofortige Beschwerde nach § 900 zulässig wäre, wenn nur diese Verpflichtung ausgesprochen würde, dagegen im Falle des § 901 nicht, wenn daneben noch die Haft angeordnet wird.

§ 902. 1. a) KGBl. **10** 89 (LG. II Berlin). Nach Erlaß des Haftbefehls kann der noch nicht verhaftete Schuldner die Eidesabnahme nicht beantragen. ➛ Die herrschende Ansicht nimmt an, daß der Schuldner in solchem Falle den Gläubiger zum Schwurtermine zu laden hat (OLG. **14** 190 (KG.), Franke, Offenbarungseid 70, Fischer, GruchotsBeitr. **25** 637, Krech, das. **26** 271, Gaupp-Stein, Seuffert, Struckmann-Koch, Petersen, v. Wilmowsky-Levy zu § 902 nF.). Red. ⟵ Dazu b) Neumann, DJZ. **10** 699. Einseitige nachträgliche Eidesleistung ist unzulässig, wenn der Schuldner sich, ohne den im Termin erschienenen Gläubiger mitzubringen und ohne daß ein Verzicht des Gläubigers vorliegt, zur Eidesleistung erbietet. War der Gläubiger im Eidesleistungstermine nicht erschienen, ist dem Schuldner der Eid nachträglich ohne weiteres abzunehmen. — Derselbe R. **10** 412. Gegenüber der Lücke der ZPO., die auch bei der Eidesleistung des verhafteten Schuldners eine Zuziehung des Gläubigers nicht vorsieht, wird sich dieser dadurch helfen müssen, daß er entweder ihm besonders wichtig erscheinende Fragen schriftlich dem Gerichte vor der Verhaftung des Schuldners einreicht oder daß er sich mit dem GerVollz. wegen des Zeitpunkts der Vorführung ins Einvernehmen setzt. c) Warschauer, LeipzZ. **10** 748. Meldet sich der im Eidesleistungstermine nicht erschienene Schuldner nachträglich zur Eidesleistung

so hat nach der seit 1. April 1910 geltenden Novelle der Richter, indem er die Meldung als Antrag auf Terminsanberaumung ansieht, ohne weiteres einen neuen Termin zu bestimmen und zu diesem beide Parteien von Amts wegen zu laden. Daneben erscheint es aber zulässig und zweckmäßig, dem Schuldner sogleich den Offenbarungseid abzunehmen. Der Gläubiger wird dadurch nicht schlechter gestellt, als er steht, wenn der verhaftete Schuldner sich zur Eidesleistung vorführen läßt. **d)** Goldmann, R. **10** 559, schlägt **de lege ferenda** vor, daß der Gläubiger, wenn der verhaftete Schuldner sich zur sofortigen Leistung des Offenbarungseids bereit erklärt, hiervon in Kenntnis zu setzen ist, falls dies nicht (wegen großer Entfernung oder ähnlicher Umstände) untunlich erscheint; daß aber eine Benachrichtigung des Gläubigers dann stets zu erfolgen hat, wenn der Schuldner wegen Eidesverweigerung in Haft behalten worden war. — S. a. JDR. **1** § 902, **5** § 902, **6** § 901 Nr. 5.

2. **RG.** R. **10** Nr. 152. Entläßt der Richter den verhafteten Schuldner, ohne ihm den Eid abzunehmen oder über den Einwand aus § 903 Beschluß zu fassen, so ist der Gläubiger für die Kosten der Wiederverhaftung ersatzpflichtig.

§ 903. Literatur: Hörle, Sachlich ungerechtfertigte Verhaftungen im Offenbarungseidsverfahren, BuschsZ. **40** 279—284.

1. OLG. **20** 373 (KG.). Ein Offenbarungseid gemäß § 125 KO. befreit den Schuldner nicht von der späteren Leistung des Eides aus § 807 ZPO. Abw. JDR. § 903 **7** 3.

2. **a)** OLG. **21** 92 (Hamburg). Unter § 903 fällt nur derjenige Erwerb, der dem Gläubiger die Fortsetzung der ZwV. voraussichtlich ermöglicht. Einnahmen, die offensichtlich bereits wieder verbraucht sind, kommen nicht in Betracht. **b)** In einer weiteren Entscheidung legt dass. Gericht OLG. **21** 92 dar, daß es ausreichend sei, wenn dargetan werde, daß der Schuldner, obwohl mit fremden Mitteln, sich inzwischen eine neue Einnahmequelle (Erwerbsgeschäft) geschaffen habe. — Ebenso HessRspr. **11** 72 (LG. Darmstadt).

3. OLG. **20** 373, DJZ. **10** 1237 (KG.) hält an der Ansicht (OLG. **13** 223 f. JDR. **5** § 900 Nr. 5) fest, daß ein auf eine frühere Eidesleistung gestützter Widerspruch aus § 903 nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sondern vom Schuldner und zwar persönlich im Eidesleistungstermine vorgebracht werden muß. — S. a. JDR. § 903 **1** 1, 2, **3** II 2, **4** 2, **5** 3, **6** 3, **8**.

4. **a) RG.** WarnE. **3** 76, R. **10** Nr. 153. Weigert sich der Schuldner wegen früherer Eidesleistung auf Grund des § 903 den Offenbarungseid nochmals zu leisten, so muß der Richter — auch wenn er die frühere Eidesleistung alsbald feststellt, über den Widerspruch durch einen der Beschwerde zugänglichen Beschluß gemäß § 900 Abs. 3 entscheiden. Die protokollierte Erklärung: der Schuldner wurde entlassen, ersetzt den Beschluß nicht. **b)** KGBl. **10** 90 (LG. III Berlin). Der zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseids verhaftete Schuldner ist, auch wenn er nachweist, daß er innerhalb der letzten 5 Jahre den Offenbarungseid geleistet habe, zunächst in Haft zu nehmen. Es muß ihm überlassen bleiben, den Haftbefehl mit der sofortigen Beschwerde anzufechten. **c)** Hörle aaO. Gegen eine unzulässige Verhaftung nach erfolgter Eidesleistung steht dem Schuldner Erinnerung aus § 766 zu. Mit Rücksicht auf die Schwere der Vollstreckungsmaßregel wird regelmäßig, wenn der Schuldner behauptet, den Eid schon geleistet zu haben, die ZwV. auch ohne Antrag und ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen sein (§ 766 Abs. 1 Satz 2).

§ 915. 1. Engels, DJZ. **10** 1220. Die Eintragung der Vollstreckung einer sechsmonatigen Haft ist keine „Eintragung" i. S. des § 915 Abs. 2. Das Schuldnerregister kann daher 5 Jahre nach der Eintragung der anderen im Abs. 1 bezeichneten Vermerke vernichtet werden.

2. **a)** * Kahn, HessRspr. **10** 119. Ein Recht auf Abschrift des hier vorgeschriebenen Verzeichnisses besteht nicht; Verbot der Abschrift und daher auch An-

weisung für die Gerichtsschreibereien, die Abschriftnahme zu verbieten, ist also zulässig. Gegen Versagung der Abschriftnahme im Einzelfalle Beschwerde auch aus formellen Gründen nicht zulässig, weil die Voraussetzungen von § 567 nicht vorliegen; Aufsichtsbeschwerde gegen die Versagung der Abschriftnahme ist dagegen formell zuzulassen. **b)** Siegel, SeuffBl. **10** 423, führt aus, daß für eine schriftliche Auskunft aus dem Schuldnerverzeichnisse Schreibgebühren nicht erhoben werden dürften: Der das Gegenteil bestimmende § 158 BayGeschw. f. d. Gerichtsschr. verstoße gegen das GKG.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. Sicherung des Anspruchs auf Rückerstattung des auf Grund eines Vorbehaltsurteils im Wechselprozesse Geleisteten (§ 600 Abs. 2) durch Arrest s. zu § 719 Nr. 2.

§ 917. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2660. Unbedenklich ist unter Urteil i. S. des § 917 Abs. 1 auch das inländische Vollstreckungsurteil zu einem ausländischen Urteile zu verstehen. Zweifelhaft ist aber, ob das gleiche auch für Abs. 2 gilt.

2. **a)** **RG.** R. **10** Nr. 154. Die Arrestverhängung erfordert Berücksichtigung der gesamten Vermögenslage des Schuldners. Aus dem unredlichen Verhalten des Schuldners bei dem angefochtenen Geschäft allein rechtfertigt sich noch nicht der Verdacht, daß der Schuldner auch sein sonst noch vorhandenes Vermögen dem Zugriffe des Gläubigers entziehen werde. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 866, R. **10** Nr. 2661. Auch gegen einen an sich zahlungsfähigen Schuldner ist der Arrestgrund gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 917 bei ihm zutreffen. **c)** BadRpr. **10** 62 (Karlsruhe). Die skrupellose Aufstellung unwahrer Behauptungen seitens des Beklagten im Hauptprozesse kann dem Kläger einen Arrestgrund geben. **d)** OLG. **20** 1 (Hamburg). Gefährdung des Schiffsgläubigerpfandrechts — durch bevorstehende neue Reise des Schiffes — kein Arrestgrund, wenn der pfandgesicherte persönliche Anspruch sonst nicht gefährdet ist.

3. Abs. 2. **a)** **RG.** R. **10** Nr. 2659. Unerheblich für § 917 Abs. 2 ist, ob der den Arrest nachsuchende Gläubiger ein Inländer oder ein Ausländer ist, und ob der Schuldner dieses oder jenes ist. **b)** OLG. **21** 93 (KG.). § 917 Abs. 2 greift nicht Platz, wenn es sich um die Vollstreckung eines ausländischen Urteils handelt und der ausländische Gläubiger in der Lage ist, gegen den Schuldner im Auslande zu vollstrecken.

§ 918. BuschsZ. **40** 116, ElsLothZ. **10** 78 (Colmar). Die Anordnung des persönlichen Sicherheitsarrestes (§ 918) läßt noch offen, ob die Vollziehung durch Haft oder durch sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit erfolgen soll (§ 933). Ist ordnungswidrig der Schuldner schon auf Grund eines Beschlusses aus § 918 verhaftet, so steht ihm hiergegen Erinnerung nach §§ 928, 766 beim Vollstreckungsgerichte zu.

§ 921. **RG.** R. **10** Nr. 3396. Die Sicherheitsleistung kann nur die Glaubhaftmachung des Anspruchs oder Arrestgrundes, nicht die Darlegung der für beides erheblichen Tatsachen ersetzen. Das Erbieten zur Sicherheitsleistung stellt keine Bekräftigung des Anspruchs dar.

§ 922. **a)** KGBl. **40** 61 (KG. 9. Sen.). Auch im Falle einer Anordnung des Arrestes durch Beschluß sind dem Antragsgegner die Kosten aufzuerlegen. Für die Frage, ob eine Partei i. S. des § 91 unterlegen ist, ist nicht entscheidend, ob sie zuvor gehört ist. Ebenso: ua. BayObLG. **3** 212, Anger, SächsRpflA. **09** 319, s. a. JDR. § 922 **1** Nr. 1 a (dort auch abw. Ans.), **8** Nr. 1. AM. **b)** KGBl. **10** 90, (KG. 20. Sen.) im Anschluß an die herrschende Ansicht, weil es an einer unterlegenen Partei i. S. des § 91 fehle. **c)** SeuffBl. **09** 614, OLG. **21** 93 = SeuffA. **64** 378 (München) s. JDR. **8** § 922 Nr. 1 b. Arrest und einstweilige Verfügung lassen vorerst den Antragsgegner als den unterliegenden, mithin kostenpflichtigen Teil

(§ 91) erscheinen. Der Widerspruch kann sich allein gegen den Kostenpunkt richten. Im Widerspruchsverfahren kann sich der Antragsgegner auf § 93 berufen.

§ 923. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1158, JW. **10** 830, R. **10** Nr. 3234. Die nach § 923 zur Abwendung einer Arrestvollziehung hinterlegte Geldsumme soll dem Arrestgläubiger dieselbe Sicherheit gewähren, die er durch Vollziehung des Arrestes haben würde. Mehr Rechte als an einem durch Arrestpfändung geschaffenen Pfandrechte hat der Arrestgläubiger an der Sicherheit nicht. Nach §§ 928, 771 Ziff. 1, 776 würde der Arrestschuldner, gegen den gepfändet ist, unter Vorlegung einer vollstreckbaren Entscheidung, die den Arrest aufhebt, berechtigt sein, von dem Vollstreckungsorgane die Aufhebung der Pfändung zu verlangen. Hat er nach § 923 Sicherheit hinterlegt, so hat er unter den gleichen Voraussetzungen das Recht, von der Hinterlegungsstelle die Rückgabe der Sicherheit zu fordern. In **RG. 56** 146 ist nur ausgesprochen, daß bis zur Rückgabe der Sicherheit das Pfandrecht an ihr trotz des vorläufig vollstreckbaren Urteils bestehen bleibt.

2. **RG.** JW. **11** 56. Werden entgegen der Vorschrift des § 923 statt baren Geldes Wertpapiere zur Abwendung der Vollziehung des Arrestes hinterlegt, und stimmt der Gläubiger dieser Hinterlegung — wenn auch nur stillschweigend — zu, so haftet er für einen etwaigen Kursverlust aus § 945 auf Schadensersatz, wobei zu prüfen ist, ob etwa den Antragsgegner wegen unterlassenen Umtausches der Wertpapiere (§ 235 BGB.) ein Mitverschulden (§ 254 BGB.) trifft.

§ 924. Literatur: Flechtheim, Der amtsgerichtliche Arrestprozeß nach der Novelle, JW. **10** 173—176.

1. SchlHolstAnz. **10** 254 (Kiel). Auch wenn das Gericht die einstweilige Verfügung — nach mündlicher Verhandlung — statt durch Urteil zu Unrecht durch Beschluß erlassen hat, findet Widerspruch statt.

2. SchlHolstAnz. **10** 350 (Kiel). Für das Widerspruchsverfahren gegen die ohne mündliche Verhandlung in der Beschwerdeinstanz erlassene einstw. Verf. ist nicht das Beschwerdegericht, sondern das Gericht erster Instanz zuständig (**RG. 29** 396, **37** 368).

3. **RG.** BayRpflZ. **10** 18 = WarnE. **2** 543 s. JDR. **8** § 924 Nr. 1. Wenn durch eine einstweilige Verf. die ZwVerw. angeordnet wurde, so wird der Streit über die Rechtmäßigkeit der einstw. V. nicht dadurch gegenstandslos, daß später die ZwVerw. auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urteils zur Hauptsache angeordnet wird.

4. OLG. **21** 99, SeuffA. **65** 301, HessRspr. **11** 3 (Darmstadt). In den §§ 936, 924, 939 ist die Aufhebung einer einstw. Verf. erschöpfend geregelt. Ist gegen das den Widerspruch zurückweisende Urteil vom Antragsgegner Berufung eingelegt, so kann er in diesem Verfahren Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung nur durch Verfolgung der Berufung erreichen, nicht durch einen beim Berufungsgerichte gestellten Antrag auf Erlassung einer anderweitigen einstweiligen Verfügung.

5. Flechtheim erörtert die Anwendbarkeit der neuen Sondervorschriften über das amtsgerichtliche Verfahren auf den Arrestprozeß.

§ 925. 1. **RG.** JW. **11** 47. In dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer einstw. Verf. kann diese nur dann für rechtmäßig erklärt werden, wenn nach der Sachlage z. Z. der Erlassung des Urteils die gesetzl. Voraussetzungen für die Erlassung der Verfügung gegeben sind. Es sind daher auch solche Umstände zu berücksichtigen, die erst nach Erlassung der Verfügung eingetreten sind (**RG. 60** 182, JW. **00** 182, **09** 693).

2. Heine, LeipzZ. **10** 538, führt gegen **RG. 56** 147 aus, daß die Bestätigung eines in erster Instanz auf Widerspruch des Arrestschuldners aufgehobenen Arrestes durch das Berufungsgericht trotz inzwischen erfolgter Eröffnung des Konkurses über das Vermögen nach § 14 KO. auch dann unzulässig sei, wenn der Arrestschuldner

behufs Hemmung der Arrestvollziehung den im Arrestbeschlusse festgesetzten Geldbetrag hinterlegt hat.

§ 926. 1. SächsOLG. **31** 205 (Dresden). Hat das Amtsgericht auf Grund des § 942 eine einstweilige Verfügung in einer zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Sache erlassen, so ist es, wie zur Bestimmung der Frist aus § 942 Abs. 1, so auch zur Bestimmung einer Frist zur Klagerhebung nach § 926 ausschließlich zuständig. Ebenso Seuffert (10) Anm. I 1 zu § 926. AM. Gaupp-Stein (8/9) Anm. V zu § 942.

2. BuschsZ. **40** 511, LeipzZ. **10** 246, SeuffA. **65** 198 (Cassel). Die gemäß §§ 936, 926 vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Antragsgegners einem Einzelgläubiger zur Erhebung einer Anfechtungsklage gesetzte Frist wird nach Konkurseröffnung durch Klagerhebung seitens des Konkursverwalters gewahrt. Ebenso wie die einzelnen Anfechtungsrechte der nunmehrigen Konkursgläubiger zum einheitlichen Rechte der Gesamtgläubigerschaft werden, gehen auch die von einem Einzelgläubiger durch einstw. Verf. erworbenen Schutzrechte auf die Gesamtgläubigerschaft über.

3. OLG. **21** 113, HansGZ. **10** Beibl. 178 (Hamburg). Stehen der Hauptklage Hindernisse entgegen, die nicht zu beseitigen sind, so kann das Amtsgericht die Bestimmung einer Frist aus § 926 ablehnen. Der Antragsgegner kann dann nur im Widerspruchsverfahren oder gemäß § 927 die Aufhebung des Arrestes herbeiführen. Sind die Hindernisse aber zu beheben — fehlt z. B. zur Durchführung der Anfechtungsklage nur noch der vollstreckbare Titel —, so ist hierauf lediglich durch Bemessung, erforderlichenfalls Verlängerung der Frist Rücksicht zu nehmen.

4. OLG. **21** 94 (Hamburg). Die Vollmacht des Anwalts zur Vertretung des Schuldners im Arrestverfahren ermächtigt nicht zur Vertretung im Hauptprozesse. Die Klage ist deshalb dem Schuldner persönlich zuzustellen, auch wenn dieser durch einen für das Arrestverfahren bevollmächtigten Anwalt die Bestimmung einer Frist zur Klagerhebung beantragt hatte.

5. OLG. **21** 101 (KG.). Arrest im Verwaltungszwangsverfahren. Unter der Herrschaft der alten V. v. 8. September 1879 (§ 55) ist angenommen, daß die Gerichte nur den Arrest anzuordnen, besonders über seine Zulässigkeit zu entscheiden haben, alles übrige aber, z. B. die Vollziehung des Arrestes, den Verwaltungsbehörden obliege (KGJ. **2** 130, **3** 149, Kamptz-Delius, Rspr. des RG. II 866). Für den § 53 der neuen V. v. 15. November 1899 gilt dasselbe. Das Gericht hat danach zwar im Widerspruchsverfahren über die Zulässigkeit des Arrestes sowie über die Aufhebung wegen veränderter Umstände zu entscheiden. Dagegen steht ihm nicht die Befugnis zu, gemäß § 926 der Verwaltungsbehörde die Klagerhebung aufzugeben.

6. Sawitz, KGBl. **10** 2. Im Falle des § 926 Abs. 2 ZPO. fallen die Kosten der Anordnung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung endgültig dem Antragsgegner zur Last. AM. Gaupp-Stein zu § 926 IV, Seuffert § 926 Nr. 2.

§ 927. RG. JW. **10** 153. Im Falle des § 927 liegt die Glaubhaftmachung der Aufhebungsgründe dem die Aufhebung der einstw. Verf. Begehrenden ob. Die Unwahrscheinlichkeit eines Erfolges der Hauptklage kann einen hinreichenden Grund für die Aufhebung der einstw. Verf. bilden.

§ 929. 1. a) OLG. **21** 95, HansGZ. **10** Beibl. 32 (Hamburg) = R. **09** Nr. 3612 s. JDR. **8** § 929 Nr. 1. Keine entsprechende Anwendung des § 929 Abs. 2 bei einstweiliger Verf., welche Verbote enthalten. Dagegen: **b) RG.** WarnE. **3** 372, R. **10** Nr. 3401. Einstweilige Verfügungen, welche ein Verbot enthalten, bedürfen der Vollziehung durch Zustellung. Denn ein der einstw. Verf. entsprechender Zustand ist nur dann hergestellt, — und dies bezweckt die Vollziehung —, wenn der von ihr Betroffene durch die Staatsgewalt, die dem Gesuchsteller durch sie zur

Verfügung gestellt ist, gezwungen erscheint, dem Befehle zu gehorchen. Da erst durch die Zustellung erkennbar wird, ob der Gesuchsteller von der ihm bereitgestellten staatlichen Zwangsgewalt Gebrauch machen will, so ist die Zustellung auch bei durch Urteil erlassener einstw. Verf. der gedachten Art erforderlich.

2. a) **RG.** R. **10** Nr. 3397. Stellt sich im Widerspruchsverfahren die Nichtbeobachtung der Frist des § 929 Abs. 2 heraus, so ist der Antrag auf Erlaß des Arrestes ohne weiteres abzuweisen. **b) RG.** R. **10** Nr. 3398. Der Einwand, daß die rechtzeitige Zustellung (z. B. wegen verspäteter Ausfertigung des verkündeten Urteils) unmöglich gewesen sei, ist an sich erheblich.

§ 930. 1. a) DJZ. **10** 375 (Colmar). Der Arrestgläubiger, der den Anteil des Schuldners an einer Gemeinschaft gepfändet hat, ist nicht berechtigt, die Auseinandersetzung nach §§ 86 ff. FGG. herbeizuführen, geschweige denn auf Auseinandersetzung zu klagen; beides würde über den Sicherungszweck des Arrestpfandrechts hinausgehen. **b)** OLG. **20** 353, ElsLothNotZ. **10** 23 (Colmar). Auf Grund eines Arrestes in Erbansprüche kann bei den Nachlaßliegenschaften im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung nur eingetragen werden, wenn in Vollziehung des Arrestes ein entsprechender Pfändungsbeschluß bezügl. des Erbanspruchs gemäß § 829 erwirkt und dieser Beschluß den Miterben des Schuldners als Drittschuldnern zugestellt ist.

2. R. **10** Nr. 555 (Braunschweig). § 930 Abs. 3 ist auf Beschlüsse aus §§ 769, 771 nicht anwendbar.

§ 932. 1. SeuffBl. **10** 187 (München). Die Arresthypothek (§§ 932, 867 ZPO.) stellt sich als eine nach § 868 ZPO. auflösend bedingte Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB. dar. Ein gutgläubiger Erwerber einer solchen Hypothek kann, da dies aus dem Grundbuche hervorgeht, niemals weitergehende Rechte gegen den Grundstückseigentümer erwerben, als sie der Arrestgläubiger hatte.

2. Die JDR. **8** § 932 von der Red. als bedenklich bezeichnete Entscheidung des LG. Graudenz, PosMSchr. **09** 177 (entsprechende Anwendung des § 932 Abs. 3 auf die Pfändung von Geldforderungen), wird jetzt von Tschorn, PosMSchr. **10** 89, ebenfalls bekämpft.

§ 934. OLG. **20** 374 (München). Soweit nach § 930 Abs. 1 Satz 3 das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht für die Pfändung zuständig ist, ist es auch zur Aufhebung des vollzogenen Arrestes berufen (Seuffert, Gaupp-Stein, Petersen, Freudenthal, aM. Neumiller zu § 934).

§ 935. 1. **a) RG.** R. **10** Nr. 3399 läßt dahingestellt, ob durch einstw. Verfügung eine Rechnungslegung angeordnet werden kann, verneint den Grund zum Erlaß einer solchen jedoch, wenn Antragsteller nur behauptet, daß der Beklagte seine Verpflichtung zum alleinigen Verkaufe des Fabrikats des Antragstellers verletze. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 226 (Hamburg). Betr. Zulässigkeit einer einstw. Verfügung, durch die eine Hinterlegung aufrechterhalten wird, wenn zwei Forderungsprätendenten wegen ihrer Ansprüche an hinterlegtem Mietzinse streiten. **c)** SeuffA. **65** 249, R. **10** Nr. 2663 (Braunschweig). Zur Sicherung des Wandelungsanspruchs kann dem Verkäufer durch einstw. Verf. die Verfügung über die Restkaufgeldhypothek untersagt und die Hinterlegung des Hypothekenbriefs aufgegeben werden. **d)** OLG. **21** 98, HansGZ. **10** Beibl. 27 (Hamburg). Zur Sicherung des lediglich dinglichen Anspruchs des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück ist auch eine einstweilige Verfügung zulässig, da es sich insoweit um eine Individualleistung handelt. (Vgl. **RG. 52** 139.) Es ist aber zu beachten, daß die rechtliche Gestaltung des Hypothekenrechts an den Mietzinsforderungen des Grundstückseigentümers im Interesse des freien Verkehrs und also auch im Interesse Dritter, die mit dem Eigentümer in geschäftliche Beziehungen treten, in ganz bestimmter Weise beschränkt ist ➞ § 1124 BGB. Red. ⟵. Der Tendenz des Gesetzes würde es widerstreiten, durch einstw. Verfügung dem Hypothekengläubiger weiter-

gehende Rechte bloß deshalb zu verschaffen, weil ein Zugriff dritter Gläubiger zu befürchten oder bereits erfolgt ist. e) PosMSchr. **10** 10 (Königsberg). Auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. kann die Zwangsverwaltung nur gegen den Eigentümer angeordnet werden. Dies schließt jedoch nicht aus, daß der Hypothekengläubiger im Wege der einstweiligen Verfügung Schutz seines hypothekarischen Rechtes durch Anordnung einer Zwangsverwaltung, auch gegen den Eigenbesitzer und jeden, der sonst sein Recht gefährdet, erlangt. **f) RG.** R. **10** Nr. 3400. Ein Veräußerungsverbot zur Sicherung der Vollstreckung eines Anfechtungsanspruchs wird durch sonstige günstige Vermögenslage des Anfechtungsbeklagten nicht ausgeschlossen. Antragsteller braucht sich nicht auf einen eventuellen Schadensersatzanspruch verweisen zu lassen. g) LeipzZ. **10** 487, R. **10** Nr. 2662 (Stettin). Ist zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs einem Hypothekengläubiger im Wege der einstw. Verfügung die Veräußerung und Belastung seiner Hypothek verboten, so umfaßt dieses Veräußerungsverbot auch das Verbot, über den auf die Hypothek bei einer Zwangsversteigerung entfallenden Anspruch auf den Versteigerungserlös zu verfügen. Für einen Arrest ist kein Raum.

2. GoltdA. **57** 231 (KG. II. Straffen.). Der Erlaß eines Veräußerungsverbots enthält noch keine Beschlagnahme i. S. des § 137 StGB. Die Beschlagnahme setzt voraus, daß das Gericht den Gewahrsam an der fraglichen Sache übernommen oder in anderer Weise in ein Herrschaftsverhältnis über die Sache getreten ist (**RG.** Straff.) **20** 244, **24** 10). Erst wenn die einstweilige Verfügung vollzogen ist, was nach §§ 936, 928, 808 oder 890 geschehen kann, liegt solch ein Herrschaftsverhältnis vor.

3. **RG.** WarnE. **3** 78. Ein aus sachlichem Grunde abgewiesener Antrag auf Erlaß einer einstw. Verf. kann mit besserer Begründung und Glaubhaftmachung stets erneuert werden (**RG. 33** 415, JW. **01** 129).

§ 936. RG. LeipzZ. **10** 931, R. **10** Nr. 3805. Eine einstw. Verf. ist nur zulässig, wenn dem Antragsteller ein im Klagewege verfolgbarer Anspruch zusteht, der gesichert werden soll. Daß nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen Anspruchs zulässig ist, rechtfertigt nicht, zur Ermöglichung der Eintragung einer solchen Vormerkung wegen eines erst künftig etwa möglichen Anspruchs eine einstw. Verf. zu erlassen.

§ 937. OLG. **21** 100 (München). Ist die Hauptsache bei einem Gericht anhängig (§ 263 Abs. 1), so ist dieses, ohne Rücksicht auf die Zuständigkeit in der Hauptsache, Gericht der Hauptsache im Sinne des § 937.

§ 938. Literatur: Gärtner, Über das Zwangsverwaltungsverfahren auf Grund einer Anordnung mittels einstweiliger Verfügung, BadNotZ. **10** 13—19.

1. a) Gärtner faßt den Stand der — auszugsweise von ihm mitgeteilten — Rechtsprechung dahin zusammen, daß es zulässig ist, durch eine gemäß §§ 935, 938 Abs. 1 u. 2 ZPO. erlassene einstweilige Verfügung die ZwVerwaltung im Sinne des ZVG. anzuordnen, und erörtert das weitere Verfahren im Anschluß an das badische Landesrecht. b) * Kuttner (in der zu § 794 Ziff. 1b angef. Schrift) 170 ff. Das Gericht kann durch einstw. Verf. eine unmittelbare Anweisung nur an Justizuntertanen, nicht an den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit erteilen; es kann daher das Nachlaßgericht durch einstw. Verf. nicht angewiesen werden, einen Erbschein bestimmten Inhalts zu erteilen oder die Aushändigung des Erbscheins an eine bestimmte Partei zu unterlassen. c) * Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte (Berlin 1910) II 32 ff. Bei der Bestimmung der Tragweite einstweiliger Verfügungen, welche Verfügungsverbote zum Schutze bestimmter Rechte enthalten, ist darauf zu achten, daß die Frage, inwieweit gegen die einstweilige Verfügung verstoßende Rechtsgeschäfte unwirksam sind, sich einmal beantwortet nach der Ausdehnung des durch das Verbot geschützten Rechtes und sodann nach der

Tragweite des Verbots selber. Auch die Frage, welche Personen die Unwirksamkeit geltend machen können, ist mit der Beantwortung jener Fragen entschieden (vgl. zu § 135 BGB. Ziff. 1).

2. OLG. **21** 98 (Kiel). Will der Gläubiger die vom Schuldner vorgenommene Bestellung einer Sicherungshypothek nach dem AnfG. anfechten, so geht sein Anspruch nicht auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke, sondern nur auf Duldung der ZwV. in das Grundstück (**RG. 60** 423). Zur Sicherung dieses Anspruchs kann daher keine Vormerkung (§ 883 BGB.), sondern nur eine Verfügungsbeschränkung gemäß §§ 136, 892 Satz 2 BGB. in das Grundbuch eingetragen und daher nur eine solche im Wege der einstw. Verf. erwirkt werden.

3. **RG.** WarnE. **3** 74. In den Fällen, in welchen ein Urteil eine Strafandrohung noch nicht enthalten darf (§ 888), darf auch die einstw. Verf. eine solche nicht enthalten.

4. OLG. **21** 96, BuschsZ. **40** 496, SeuffA. **65** 167 (Cassel). Die Wirkung einer auf Herausgabe eines Hypothekenbriefs an einen Gerichtsvollzieher gerichteten einstweiligen Verfügung ist erschöpft, wenn der Hypothekenbrief beim Antragsgegner nicht vorgefunden wird. Die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Antragsgegners gegen einen Drittbesitzer kann auf Grund solcher einstw. Verf. nicht erwirkt werden. Vgl. **RG. 36** 391.

§ 940. 1. Anwendungsfälle. **a)** OLG. **21** 96 (KG.). Das Mietverhältnis ist ein „dauerndes Rechtsverhältnis" i. S. des § 940. Bei Streit über seinen Fortbestand ist eine einstw. Verf. zulässig, die dem Mieter Hinterlegung des Mietzinses gestattet. **b) RG.** R. **10** Nr. 1632. Ist der durch ein Konkurrenzverbot Gebundene nach dem Inhalte des Vertrags berechtigt, sich durch Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe frei zu machen, so ist der Berechtigte, solange die Vertragsstrafe nicht gezahlt ist, befugt, im Wege der einstw. Verf. ein Verbot dahin zu erwirken, daß der zuwiderhandelnde Verpflichtete bei Vermeidung einer fiskalischen Strafe sich der Konkurrenz zu enthalten habe. **c) RG.** WarnE. **3** 180 verneint nach Lage des Falles die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, die den Detailverkauf von Waren unter dem vom Fabrikanten festgesetzten Preise verbietet, obwohl sich der Antragsgegner solche durch eine unerlaubte Handlung verschafft hatte, zugunsten vom Grossisten. **d)** R. **10** Nr. 1141 (Naumburg). Während des Rechtsstreits über die Gültigkeit des Austausches von Jagdparzellen kann dem Jagdberechtigten, der entgegen dem bisher innegehaltenen Abkommen die an den Nachbar vertauschte Parzelle wieder selbst bejagt, die Ausübung der Jagd verboten werden. Die Ausübung der Jagd stellt in solchem Falle ein besitzähnliches Verhältnis dar. **e)** BraunschwZ. **10** 115 (Braunschweig). Herrscht Streit über die Gültigkeit eines Jagdpachtvertrags wegen Umgehung der Vorschriften über die Zahl der Pächter derselben Jagd durch Afterpachtverträge, so ist jedes einzelne Mitglied der Jagdinteressentenschaft berechtigt, wegen verbotswidriger Ausübung der Jagd eine einstweilige Verfügung gegen die Hintermänner des Pächters zu erwirken. **f)** OLG. **21** 97 (KG.). Durch einstw. Verf. kann angeordnet werden, daß die eingetretene Liquidation und die Person des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister eingetragen werde. Über das Geeignetsein des Liquidators kann dagegen nur das Registergericht (§ 145 FGG., § 146 HGB.) entscheiden (Staub 4b zu § 147, Makower III 2 zu § 146 HGB., JW. **01** 754). **g)** SächsOLG. **31** 39 (Dresden). Zulässig eine einstw. Verf. zum Schutze gegen den Vorwurf eines Eingriffs in ein fremdes Patent (UnlWG. § 6 aF., BGB. § 1004) im Gerichtsstande des § 32 ZPO. **h)** Degen, LeipzZ. **10** 442, weist darauf hin, daß nach der herrschenden Ansicht eine Verbindung der Unterlassungs- und der Schadensersatzklage wegen Patentverletzungen im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung (§ 32) nicht zulässig sei (Seligsohn [4] 140, Isay 162, Kent I 489, **RG. 27** 258), meint aber, daß gleichwohl aus § 940 eine einstw.

Verf. zwecks Verbots weiterer Beeinträchtigungen im Gerichtsstande des § 32 beantragt werden könne, sofern nur ein Schadensersatzanspruch überhaupt in Frage komme. **De lege ferenda** befürwortet er eine dem § 25 UnlWG. entsprechende Vorschrift. **i)** OLG. **20** 320 (Breslau). Während eines nach § 323 anhängigen Rechtsstreits sind zwar vorläufige Anordnungen aus § 769 nicht zulässig, es steht aber nichts im Wege, durch einstw. Verf. dem Schuldner zu gestatten, die fälligen Leistungen vorläufig einzubehalten (Gaupp-Stein IV, Petersen 6, Seuffert 6 zu § 323). Ebenso OLG. **20** 320 (Hamburg.) **k)** Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. HansGZ. **10** Beibl. 40 (Hamburg). Der I. Senat schließt sich unter Aufgabe seines früheren Standpunkts der Ansicht des II. und V. Senats dahin an, daß die Ehefrau, der das Armenrecht bewilligt ist, mangels dringenden Bedürfnisses kein Recht darauf hat, daß der Mann durch einstw. Verfügung zu einem Kostenvorschuß angehalten werde. Ebenso **RG.** JW. **03** 98.) **e)** OLG. **21** 97 (Naumburg). Mangels Notlage keine einstw. Verf. gegen den Ehemann auf Leistung eines Kostenvorschusses, wenn der Frau bereits ein Armenanwalt bestellt ist. — Ebenso OLG. **21** 221 (Breslau). Die Einwendung (SeuffA. **58** 457, OLG. **12** 313), das Armenrecht gewähre deshalb nicht unbedingt die unentgeltliche Prozeßführung, weil die Frau u. U. zur nachträglichen Bezahlung herangezogen werden könne, ist unzutreffend, da, solange kein Beschluß gemäß §§ 125, 126 ergangen ist, keine Zahlungsverpflichtung vorliegt. **m)** ElsLothJZ. **35** 625 (Colmar). Eine einstw. Verf., durch die dem Ehemanne die Zahlung eines Kostenvorschusses für die Frau aufgegeben wird, ist nicht zu erlassen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Verteidigung aussichtslos erscheint. Bestätigt vom RG. **n)** SächsRpflA. **10** 524 (Dresden). Zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Ehemann auf Leistung eines Kostenvorschusses für den Ehescheidungsstreit bedarf es einer Glaubhaftmachung des Scheidungsanspruchs nicht. Nur wenn dieser Anspruch von vornherein aussichtslos erscheint, ist eine Vorschußpflicht nicht begründet (**RG. 47** 74, OLG. **18** 260). — S. a. JDR. § 940 **3** III 1, **4** 1 f, **5** 4, **6** II 3, **7** I 4, **8** 2.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2665. Für den Erlaß einer einstw. Verf. auf Unterhaltsgewährung kommt zunächst die Notlage des Antragstellers, nicht die Gefahr der späteren Gefährdung der Urteilsvollstreckung in Frage.

3. R. **10** Nr. 2266 (Cassel). Im Falle der Zubilligung einer Unterhaltsrente durch einstweilige Verfügung ist die Rente vom Tage der Zustellung des Antrags auf Erlaß der einstweiligen Verfügung an (§ 1613 BGB.) zuzusprechen.

§ 941. du Chesne, ZBlFG. **11** 8. Hat das Gericht gemäß § 941 das Grundbuchamt um Eintragung ersucht, so steht gegen dessen Ablehnung Beschwerde sowohl dem Gerichte wie dem Gläubiger zu. Hat das Gericht die Herbeiführung der Eintragung dem Antragsteller überlassen, so hat nur dieser bei Ablehnung das Beschwerderecht.

§ 942. 1. FrankfRundsch. **44** 247 (Frankfurt). Die Streitfrage, ob, wenn nach § 942 das Amtsgericht eine einstweilige Verfügung erlassen hat, deren Rechtmäßigkeit aber noch nicht vom Gerichte der Hauptsache bestätigt worden ist, für die der Vollziehung der einstw. Verf. dienenden Anordnungen als „Prozeßgericht erster Instanz" nach §§ 887 ff. das Amtsgericht (so Seuffert [8] zu § 887 2 d, Struckmann-Koch [8] Anm. 2 zu § 887) oder das Gericht der Hauptsache zuständig ist (Gaupp-Stein [8/9] § 887 Anm. 38, Wilmowski-Levy [7] § 773 aF. Anm. 3, Petersen-Remelé-Anger [5] zu § 887 Anm. 4), wird in ersterem Sinne entschieden. Ebenso anscheinend **RG.** JW. **97** 632, auf das sich Gaupp-Stein für die gegenteilige Ansicht berufen, und SeuffA. **54** Nr. 131 (Dresden).

2. BadRpr. **10** 81 (Karlsruhe). Hat das Amtsgericht gemäß § 942 eine einstweilige Verfügung erlassen, das Landgericht als Gericht der Hauptsache sie dann bestätigt und dann wegen Zuwiderhandlung eine Strafe festgesetzt, so unterliegt

die sofortige Beschwerde gegen die Straffestsetzung dem Anwaltszwange (§§ 569 Abs. 2 Satz 1, 78 ZPO.), da das Amtsgericht nur eine vorläufige Maßregel getroffen hatte, der Rechtsstreit bei ihm aber nicht anhängig war (§ 569 Abs. 2 Satz 2).

3. BayRpflZ. **10** 433 (LG. München I). Ist das Amtsgericht für die einstweilige Verfügung sachlich und örtlich zuständig, so ist für ein Verfahren nach § 942 kein Raum. — Abs. 3: Die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung nach § 942 Abs. 1 kann auch nach Ablauf der hierzu gesetzten Frist noch nachgeholt werden (§ 231 Abs. 2).

§ 943. 1. **RG.** R. **10** Nr. 758. Für die Beurteilung, was als zugehörige Hauptsache anzusehen ist, ist der Ausspruch des Gerichts über die Befristung der einstw. Verf. auf die Dauer eines bestimmten anhängigen Prozesses maßgebend; ob die getroffenen Maßregeln zulässig waren, ist unerheblich.

2. SchlHolstAnz. **10** 348 (Kiel). Die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache für den Erlaß der einstweiligen Verfügung bleibt auch nach Erlaß des Urteils in der Hauptsache so lange bestehen, bis die Sache in höherer Instanz anhängig ist. Maßgebend für die Zuständigkeit ist der Zeitpunkt der Stellung des Antrags, auch wenn daraufhin mündliche Verhandlung angeordnet und der Gegner geladen wird (**RG. 6** 414, **7** 323, JW. **97** 570).

3. Abs. 2. **RG. 72** 27, LeipzZ. **10** 76, ElsLothJZ. **35** 214. Hat der Arrestkläger aus Anlaß der Anordnung eines Arrestes Sicherheit geleistet, so ist die Veranlassung für die Sicherheitsleistung nicht schon dann weggefallen (§ 109), wenn der Arrest rechtskräftig bestätigt ist (so Gaupp-Stein Anm. III zu § 943), sondern erst dann, wenn auch die Hauptsache zugunsten des Arrestklägers rechtskräftig entschieden ist. Denn solange besteht die Möglichkeit, daß der Arrestkläger wegen Unbegründetheit seiner Forderung zum Schadensersatze verpflichtet ist (§ 945) und der Arrest gemäß § 927 aufgehoben wird.

§ 945. 1. **RG.** JW. **10** 1008, R. **10** Nr. 4002. Die Haftung aus § 945 stellt sich als Haftung aus unerlaubter Handlung im Sinne des BGB. dar. Es greifen daher die Verjährungsbestimmungen des § 852 BGB. Platz.

2. **RG.** SeuffA. **65** 126 = JW. **09** 395 f. JDR. **8** § 945 Nr. 1. Schadensersatzanspruch auch bei nur teilweise ungerechtfertigter Arresterwirkung.

3. BayRpflZ. **10** 42 (Zweibrücken). Nach § 945 kann Ersatz nur für den durch die „Vollziehung", nicht auch für den nur durch die „Anordnung" des Arrestes entstandenen Schaden gefordert werden.

4. **RG.** WarnE. **3** 179. Die Aufhebung eines Arrestes wegen veränderter Umstände (§ 927) begründet an sich den Schadensersatzanspruch aus § 945 nicht.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 973. **RG.** R. **10** Nr. 558. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Todestags kann auch ohne Anfechtungsklage nach Maßgabe der §§ 286, 292 ZPO. geführt werden. Denn nach BGB. kommt der Todeserklärung nur die Bedeutung einer widerlegbaren Vermutung zu.

§ 974. **RG.** JW. **11** 104, R. **11** Nr. 384. Hat der Abwesenheitspfleger eines Verschollenen kraft dieses Amtes den Antrag auf Todeserklärung gestellt, so ist die Pflegschaft nach § 1921 Abs. 3 BGB. mit dem Erlasse des Ausschlußurteils erloschen, ohne daß es einer Aufhebung derselben durch das Vormundschaftsgericht bedarf. Die Anfechtungsklage ist deshalb nicht gegen den — früheren — Pfleger, sondern gegen den Staatsanwalt zu richten. § 974 Abs. 2 ist, wenn nicht unmittelbar, so jedenfalls mittelbar, anwendbar.

§ 995. **RG.** JW. **10** 713, LeipzZ. **10** 864, PosMSchr. **10** 168, WarnE. **3** 269, R. **10** Nr. 2666. Der im § 995 bezeichnete Rechtsnachteil trifft alle Gläubiger, die

sich nicht melden, auch die dem Antragsteller bekannten, von ihm gleichwohl in dem Verzeichnisse (§ 992) aber nicht benannten Gläubiger.

§ 1004. NaumburgAK. **10** 8 (LG. Dessau). Ist der Grundstückseigentümer in der Lage, nachzuweisen, daß die Hypothek nach § 1163 BGB. auf ihn übergegangen und er deshalb nach § 952 BGB. Eigentümer des Hypothekenbriefs geworden ist, so ist er zur Stellung des Aufgebotsantrags bezügl. des Briefes berechtigt.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. 1 .HansGZ. **10** Beibl. 9 (Hamburg). Wenn die Anrufung eines Schiedsgerichts dem Versicherten „zustehen" soll, ohne daß Bestimmungen darüber getroffen sind, was bei Nichtanrufung des Schiedsgerichts zu geschehen hat, so ist anzunehmen, daß dessen Einsetzung nicht zwingend sein sollte. Ein Schiedsvertrag liegt nicht vor, wenn es im Belieben der einen Partei steht, ob sie sich dem Schiedsspruche zu unterwerfen hat.

2. **a) RG.** WarnE. **3** 78, R. **10** Nr. 156. Enthalten die vom Kunden einer Bank bei Beginn des Geschäftsverkehrs unterschriebenen allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Schiedsgerichtsklausel, so sind damit doch nur im voraus die Bedingungen für die demnächst zu schließenden Verträge festgestellt. Der Abschluß des Schiedsvertrags fällt daher erst zusammen mit dem Abschlusse des einzelnen auf Grund der Bedingungen kontrahierten Geschäfts, und von der Gültigkeit dieses Geschäfts ist die des Schiedsvertrags abhängig (**RG. 58** 155, JW. **05** 401). Ergibt sich die Unwirksamkeit des Schiedsvertrags und die Begründung der sonstigen Klagebehauptungen aus denselben Tatsachen, so hat das Gericht bei Prüfung seine Zuständigkeit die unbewiesene Klagebehauptung als ausreichend anzusehen. Der Beklagte kann nicht verlangen, von der Einlassung auf die Klage entbunden zu werden, über die, wenn sie überhaupt begründet ist, auch dem angerufenen Gerichte das Urteil zusteht (**RG. 29** 373, GruchotsBeitr. **44** 1151). **b) RG.** HoldheimsMSchr. **10** 201. Die in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsgerichtsklausel ist insoweit nichtig, als sie sich auf nichtige Börsentermingeschäfte bezieht (**RG. 58** 155). **c) RG.** R. **10** Nr. 2668 und 2670. Ist Gesellschaftsorganen für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrage die Vorentscheidung über bestimmte Streitpunkte übertragen, so dürfen die Anrufungsfristen nicht deren Ermessen allein überlassen sein. Aus der Bestimmung der eigenen Gesellschaftsorgane zum Schiedsgericht ist noch nicht die Nichtigkeit des Schiedsvertrags zu folgern, wenn noch eine aus Dritten gebildete letzte Schiedsgerichtsinstanz vorhanden ist. **d)** NaumburgAK. **10** 64 (Naumburg). Die Schiedsklausel „in allen das Gesellschaftsverhältnis betreffenden Streitigkeiten darf der Rechtsweg erst beschritten werden, wenn zuvor ein Schiedsgericht die Sühne versucht und bei deren Erfolglosigkeit den Streit durch Schiedsspruch entschieden hat", ist unwirksam, weil sie gegen §§ 1040, 1041 verstößt, wonach der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat und nur unter besonderen Voraussetzungen aufgehoben werden kann. Auch als rechtsgeschäftliche Vereinbarung über die Voraussetzungen der Klagerhebung würde sie nichtig sein, da auf dem Gebiete des Prozeßrechts Parteivereinbarungen nur insoweit Geltung haben, als das Gesetz dies ausdrücklich zuläßt.

3. **a) RG.** R. **10** Nr. 3063, 3064. Die in Versicherungsbedingungen normierten „Kommissionen" zur Entscheidung über das Vorliegen von Erwerbsunfähigkeit oder Feststellung ihres Grades sind auch dann nicht „Schiedsgerichte" i. S. der ZPO., wenn sie ausdrücklich so bezeichnet sind. **b) RG.** JW. **10** 836. Ist in einem Versicherungsvertrage die endgültige Entscheidung über die Frage, ob die Invalidität des Versicherten die Folge eines „Unfalls" ist, unter Ausschluß des Rechtswegs einer Kommission übertragen, zu der Versicherungsgesellschaft und Versicherungsnehmer je ein Mitglied zu entsenden hat, während Obmann eine medizinische Autorität ist,

so liegt nur eine Schiedsgutachten-Vereinbarung, kein Schiedsvertrag vor, da nur gewisse für die Rechtsstreitigkeit erhebliche Tatfragen der Kommission zur Entscheidung übertragen sind. c) OLG. **21** 119 (KG.). Die Entscheidung des Vereinsschiedsgerichts des Westpr. Reitervereins und des Großen Schiedsgerichts dahin, daß das Pferd der einen Partei „disqualifiziert", d. h. aus dem Wettbewerbe gestrichen werde, enthält einen Schiedsspruch, nicht nur ein Schiedsgutachten, da ein streitiges Rechtsverhältnis zwischen den Parteien dahin bestand, ob der Beklagte zugunsten des Klägers aus dem Wettbewerb auszuscheiden habe. d) OLG. **21** 116, HansGZ. **10** Beibl. 134, R. **10** Nr. 1287 (Hamburg). Die Klausel „bei Streitigkeiten entscheiden Sachverständige" ist unter Berücksichtigung des sonstigen Vertragsinhalts als Vertrag über ein Schiedsgericht aufgefaßt. e) OLG. **21** 119 (Hamburg). Die Bedeutung der Worte „freundschaftliche Arbitrage" in Hamburger Schlußnoten ist nach den Handelsusancen nicht unzweifelhaft.

4. a) **RG.** R. **10** Nr. 2667. Ein Schiedsvertrag in einem Gesellschaftsstreite kann ohne Rechtsirrtum dahin ausgelegt werden, daß „unter allen Streitigkeiten aus dem Vertrag" auch solche mit früheren Mitgliedern der Gesellschaft über Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrage zu verstehen sind. b) SeuffA. **65** 251 (Dresden). Ist für alle Streitigkeiten über „Forderungsrechte" aus einem Anstellungsvertrag eine schiedsgerichtliche Entscheidung vereinbart, so fällt dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend darunter auch der Anspruch auf Räumung der Dienstwohnung selbst dann, wenn er auf Eigentum gestützt wird.

5. SeuffA. **65** 1 (Rostock). Es ist nicht unzulässig, daß Inländer sich einem nach ausländischen Rechte abzugebenden Schiedsspruch eines ausländischen Schiedsgerichts unterwerfen. Allerdings ist ein Vollstreckungsurteil aus solchem Schiedsspruche nicht zulässig, wenn er nicht mit Gründen versehen und nicht gemäß § 1039 auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niedergelegt ist. Wohl aber ist eine Klage auf Erfüllung dieses Schiedsspruchs gegeben (**RG. 30** 368).

6. Bewer, GewG. **10** 234. Die Parteien können auch in Gewerbegerichtssachen einen Schiedsvertrag schließen, aber darin nicht vereinbaren, daß für diejenigen Maßnahmen, die durch die ZPO. im schiedsgerichtlichen Verfahren den Gerichten zugewiesen sind, in den im § 4 GGG. bezeichneten Streitigkeiten nicht das Gewerbegericht, sondern das ordentliche Gericht zuständig sein soll. Insoweit schließt die Zuständigkeit des GewG. gemäß § 6 Abs. 1 GGG. auch im schiedsgerichtlichen Verfahren die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aus. S. auch unten § 1045 Nr. 5.

7. a) OLG. **21** 113 (KG.). Für die Höhe der den Schiedsrichtern zu gewährenden Vergütung sind §§ 612, 632, für die Fälligkeit des Anspruchs §§ 614, 641 BGB. entsprechend anwendbar. Die Vorschriften über Dienst- und Werkvertrag sind auf das Rezeptum, wenn auch nicht unmittelbar (**RG. 41** 251, **59** 247), so doch entsprechend anzuwenden. Schiedsrichter haben einen Anspruch auf Vorschuß nur wegen Auslagen (§§ 675, 669 BGB.), nicht wegen der ihnen zukommenden Vergütung. b) PosMSchr. **10** 86 (Posen). Über den Vergütungsanspruch des Schiedsrichters gegen die Partei ist nicht durch das Schiedsgericht, sondern im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden.

§ 1029. BayRpflZ. **10** 43 (Nürnberg). § 1029 Abs. 2 ist nicht zwingend. Zulässig ist die Vereinbarung, daß, wenn eine Partei durch Wahlenthaltung oder sonstwie durch Saumsal das Zustandekommen eines Schiedsgerichts vereitelt, das ihr zustehende Recht zur Ernennung eines Schiedsrichters auf die Gegenpartei übergeht. — Ebenso R. **10** Nr. 1142 (Cassel). Der durch Fristversäumung entstandene Nachteil ist ein endgültiger. Die Gegenpartei hat ein unentziehbares Recht erworben, nun ihrerseits den Schiedsrichter zu ernennen.

§ 1031. **RG.** R. **10** Nr. 2047. Hat der von einer Partei ernannte Schiedsrichter sein Amt niedergelegt, sich dann aber bereit erklärt, das Amt wieder zu übernehmen, so bedarf es zu seiner erneuten Ernennung nicht der Zustimmung der anderen Partei.

§ 1032. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 687, JW. **10** 714, WarnE. **3** 313, R. **10** Nr. 2677. Die Parteien können im Schiedsvertrage rechtswirksam vereinbaren, daß die Entscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters von einer dritten Privatperson getroffen werden solle (**RG. 53** 387).

2. **RG.** LeipzZ. **10** 775, R. **10** Nr. 3235. Gegen die von den Parteien ernannten Schiedsrichter begründet es noch nicht Besorgnis der Befangenheit, wenn sie dem Interessentenkreise der ernennenden Partei angehören. Zum Obmanne darf aber nur eine Persönlichkeit gewählt werden, die den Interessen beider Parteien völlig unbeteiligt gegenübersteht.

3. **RG.** R. **10** Nr. 361. Die nach Zustellung und Hinterlegung eines Teilschiedsspruchs erfolgte Ablehnung eines Schiedsrichters beeinflußt die Wirksamkeit dieser Teilentscheidung nicht.

4. **RG.** SeuffA. **65** 168 = JW. **09** 452 f. JDR. **8** § 1032 Nr. 1. Unzulässigkeit der Ablehnung eines Schiedsrichters aus Gründen, die der Partei bei der Bestellung bereits bekannt waren.

§ 1033. 1. R. **10** Nr. 3236 (Colmar). In der wiederholten Weigerung eines Schiedsrichters, seinen Spruch zuzustellen und zu hinterlegen, liegt eine ungebührliche Verzögerung i. S. des § 1033 Nr. 1. Der Schiedsspruch tritt spätestens in dem Augenblick außer Kraft, in welchem eine Partei unter Nichtberücksichtigung des Schiedsspruchs Klage vor den ordentlichen Gerichten erhoben hat. Eine nachträgliche Zustellung und Hinterlegung ist bedeutungslos.

2. OLG. **21** 115 (Breslau). Im § 1033 sind die Gründe für das Außerkrafttreten des Schiedsvertrags nicht erschöpfend aufgezählt. Daneben ist das materielle Recht heranzuziehen. Hat nach dem Vertrage die eine Partei den Schiedsrichter zu ernennen, so hat sie erst dann das Recht, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten, wenn sie vergeblich alles getan hat, was ihr nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte zugemutet werden kann, um die ihr obliegende Verpflichtung zu erfüllen. Lehnt die Gegenpartei den ernannten Schiedsrichter mit Recht ab, so wird dadurch der Schiedsvertrag nicht hinfällig.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1160 = JW. **09** 694 f. JDR. **8** § 1033. Der Rücktritt eines Schiedsrichters ist gerechtfertigt, wenn ihm aus der Ausübung des Schiedsrichteramts erhebliche Geschäftsnachteile drohen.

§ 1034. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1633. Die Klage vor dem Schiedsgericht unterliegt nicht den Formvorschriften des § 253 ZPO.

2. **RG.** R. **10** Nr. 1799. Die Bestimmung des Schiedsvertrags, daß „im übrigen die deutsche ZPO. gelten solle", ist nach Lage des Falles als lediglich auf das 10. Buch bezogen erachtet.

3. **RG.** JW. **11** 56. Durch den Schiedsvertrag sind, soweit der Vertrag Beschränkungen nicht enthält, die Schiedsrichter ermächtigt, alle Ermittelungen, die sie zur Fällung ihres Spruches für erforderlich halten, anzustellen, insbesondere Zeugen und Sachverständige zu vernehmen. Beauftragen die Schiedsrichter demgemäß einen Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens, so haften für dessen Kosten unmittelbar und ausschließlich beide Parteien als Gesamtschuldner. Eine Festsetzung dieser Kosten durch das Schiedsgericht findet nicht statt. — Ebenso OLG. **21** 122 (Braunschweig).

4. Versagung rechtlichen Gehörs s. zu § 1041 Nr. 4.

§ 1039. 1. a) **RG.** JW. **11** 57. Die Wirkungen eines Schiedsspruchs (§ 1040) können nicht eintreten, solange noch die ergangene Entscheidung innerhalb des schieds-

gerichtlichen Verfahrens selbst einer Aufhebung oder Abänderung ausgesetzt ist, solange also insbesondere dem § 1039 nicht genügt ist. **b) RG.** SeuffA. **65** 252, R. **10** Nr. 966, 967. Die mündliche Verkündung eines Schiedsspruchs steht in ihren Wirkungen der Verkündung eines im ordentlichen gerichtlichen Verfahren ergangenen Urteils nicht gleich; erst die von den Schiedsrichtern nach § 1039 n a ch erfolgter Unterschrift des Spruches herbeigeführte ordnungsmäßige Zustellung und Niederlegung macht den Spruch zu einem Schiedsspruch i. S. der ZPO. (**RG. 38** 392, 396). Der Schiedsspruch kann also nach der Verkündung vor seiner Unterzeichnung noch berichtigt werden. Durch die Unterschrift aller Schiedsrichter wird der Schiedsspruch einwandfrei festgestellt. Der Einwand, der mit der schriftlichen Abfassung betraute Schiedsrichter sei eigenmächtig vorgegangen, ist unzulässig (vgl. **RG. 38** 412). **c) RG.** JW. **10** 482, R. **10** Nr. 1800. Ist ein — durch Erfüllung aller Voraussetzungen des § 1039 bedingter — Abschluß des schiedsrichterlichen Verfahrens noch nicht erfolgt, so ist das Schiedsgericht befugt, die Entscheidung durch einen Nachtrag zu ergänzen oder richtig zu stellen. Auch dieser Nachtrag muß von allen Schiedsrichtern unterschrieben sein. **d) RG.** WarnE. **3** 182, R. **10** Nr. 969. Ein Schiedsspruch i. S. des Gesetzes liegt erst vor, wenn a l l e Voraussetzungen des § 1039 erfüllt sind. Solange dies nicht geschehen ist, kann auch ein die Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Befangenheit ablehnender Beschluß nach § 1045 Abs. 3 noch mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden, falls die Frist dazu noch nicht abgelaufen ist.

2. **RG.** JW. **10** 659, WarnE. **3** 269, R. **10** Nr. 2671. Daraus, daß die Schiedsrichter den Spruch unterschreiben müssen, ist nicht zu folgern, daß sie auch imstande sein müssen, das über ihrer Unterschrift Stehende zu lesen. Wie sie sich von dem Inhalte des Textes, für den sie durch die Unterschrift die Verantwortung übernehmen, überzeugen, ist ihre Sache.

3. **a) RG.** SchlHolstAnz. **10** 140, WarnE. **3** 79. Vor Erlassung des Vollstreckungsurteils ist — ohne Rücksicht auf die Parteiangaben — von Amts wegen zu prüfen, ob der Schiedsspruch dem Gesetz entsprechend zugestellt und niedergelegt ist. **b)** OLG. **21** 124 (Naumburg). Ein Schiedsspruch kann erst dann für ungültig erklärt werden, wenn ein nach § 1039 wirksamer Schiedsspruch vorliegt. — Aber: **c) RG.** R. **10** Nr. 1801. Stellt sich die Aufhebungsklage wegen formeller Mängel des Schiedsspruchs als gegenstandslos dar, so kann sie in eine Feststellungsklage auf Nichtbestehen eines Schiedsspruchs geändert werden.

4. OLG. **21** 120 = R. **09** Nr. 1183 (Breslau) s. JDR. 8 § 1039 Nr. 1 b. Mangel der Unterschrift eines Schiedsrichters kann noch im Verfahren auf Erteilung des Vollstreckungsurteils geheilt werden.

§ 1040. RG. JW. **10** 70 und R. **10** 1424. Teilentscheidungen unter Vorbehalt der endgültigen Entscheidung sind nicht unzulässig. **RG. 62** 351 will nur Teilentscheidungen, welche endgültig sein sollen, es aber nicht sind, nach Maßgabe des Parteiwillens für unwirksam erklären.

§ 1041. I. 1. R. **10** Nr. 2878 (Hamburg). Der Einwand, daß ein Schiedsspruch nach § 1041 ungültig sei, kann nicht nur im Wege der Aufhebungsklage, sondern auch als Einrede geltend gemacht werden.

2. OLG. **21** 125, BuschsZ. **40** 334 (Breslau). Die Aufhebung eines Schiedsspruchs kann nur im Wege der K l a g e , nicht im Beschlußverfahren nach § 1045 erlangt werden.

3. OLG. **21** 118, BuschsZ. **10** 118 = SeuffA. **64** 380 (Cassel) s. JDR. **8** § 1041 Nr. 1. Aufhebung des Schiedsspruchs macht regelmäßig den Schiedsvertrag selbst hinfällig. Hiergegen erhebt F u ch s , BuschsZ. **10** 120, beachtenswerte Bedenken. Parteiwille sei regelmäßig die e n d g ü l t i g e Erledigung des Rechtsstreits durch Schiedsspruch. Ein unter Verletzung wesentlicher Vorschriften zustande gekommener Schiedsspruch, der der Aufhebung unterliegt, sei aber kein solch endgültiger Schieds-

spruch. Ebenso **RG. 15** 361, dagegen **RG. 41** 398 unter Mißbilligung der früheren Ansicht.

II. N r. 1. 1. a) **RG.** WarnE. **3** 182, R. **10** Nr. 964. Auch die Beisitzer des Schiedsgerichts dürfen nicht Richter in eigener Sache sein. Mit dieser Regel steht aber nicht in Widerspruch, daß Mitglieder eines rechtsfähigen Vereins als Schiedsrichter tätig sind, wenn es sich um die Zahlung einer Geldbuße an den Verein handelt. Zu einem im wesentlichen gleichen Ergebnis ist **RG. 51** 393 sogar für einen n i c h t - rechtsfähigen Verein gelangt. **b)** OLG. **21** 124 (Dresden). Organe eines Verbandes dürfen als Schiedsrichter in Sachen, in denen sie Partei sind, ebensowenig teilnehmen wie ein einzelner Schiedsrichter in eigener Sache sein darf (§ 41 Nr. 1, RG. **29** 319, GruchotsBeitr. **36** 1217). **c) RG.** R. **10** Nr. 965. Hat bei der Entscheidung ein Schiedsrichter mitgewirkt, der mit einer der Parteien identisch war, so kann dieser Mangel auch von der Partei, welche bei seiner Ernennung mitgewirkt hat, und auch noch in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden, da die hieraus sich ergebende Nichtigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

2. **a)** SächsOLG. **31** 484, SeuffA. **65** 302 (Dresden). Die ordnungswidrige Besetzung des Schiedsgerichts kann im Verfahren wegen Erlassung des Vollstreckungsurteils auch dann gerügt werden, wenn der Schiedsspruch bereits unter Verwerfung dieses Einwandes von einem Oberschiedsgerichte bestätigt worden ist, welchem die Entscheidung über die Zulässigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens nicht ausdrücklich übertragen ist. **b) RG.** R. **10** Nr. 2676. Sind selbständige Schiedsgerichtsinstanzen vereinbart, so werden Mängel der unteren Instanz durch die Bestätigung der oberen Instanz auf Grund selbständigen formgerechten Verfahrens geheilt.

3. ElsLothJZ. **35** 114 (Colmar). § 1041 Nr. 1 betrifft nicht nur Fälle, in denen das schiedsrichterliche Verfahren a l s s o l c h e s unzulässig war, sondern auch solche, in denen wesentliche Bestimmungen des Verfahrens oder Grundlagen nicht innegehalten worden sind, welche die Parteien ausdrücklich für die Erlassung des Schiedsspruchs vereinbart haben (**RG. 24** 397, **47** 426). Ein Schiedsspruch ist deshalb aufzuheben, wenn er sich auf Fragen erstreckt, welche dem Schiedsgerichte zur Entscheidung nicht vorgelegt waren, es sei denn, daß die Parteien sich vorbehaltlos auf die Erörterung dieser Punkte eingelassen haben (GruchotsBeitr. **49** 10). — Ebenso ist der Schiedsspruch aufzuheben, wenn er der Vollstreckung unzugänglich ist (**RG. 57** 334).

4. **RG.** R. **10** Nr. 362. Der Ausspruch des Schiedsgerichts, daß eine Partei die Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens „an das Schiedsgericht" zu zahlen habe, ist nicht unzulässig und begründet keinen Aufhebungsgrund aus § 1041 Nr. 1.

III. N r. 3. **RG.** R. **10** Nr. 968. Die mangelnde Legitimation des Aufsichtsrats zur Vertretung eines Vereins im schiedsgerichtlichen Verfahren wird dadurch geheilt, daß der Verein diese Vertretung durch Erhebung der Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung nachträglich genehmigt.

IV. N r. 4. a) BayRpflZ. **10** 201 (Nürnberg). Im sch. V. ist der strenge Maßstab des ordentlichen Verfahrens in Ansehung des rechtlichen Gehörs nicht anzulegen (JW. **05** 157). Es genügt, daß das Schiedsgericht jeder Partei Gelegenheit gegeben hat, ihre Behauptungen und Bestreiten — schriftlich oder mündlich, einzeln oder gleichzeitig — vorzutragen, und es ist nach der Anhörung des Gegners ein wiederholtes Gehör nicht notwendig (G a u p p - S t e i n Anm. II zu § 1034). **b) RG.** SeuffBl. **10** 108 = JW. **09** 421 f. JDR. **8** § 1034 Nr. 2. Es genügt, wenn die Parteien von einem Teile der Schiedsrichter gehört werden und der andere Teil von diesem Parteivorbringen in Kenntnis gesetzt wird. **c) RG.** JW. **10** 585, R. **10** Nr. 2049. Eine Versagung rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn von der der einen Partei vorher mitgeteilten Absicht, nach der Beweisaufnahme nochmals eine mündliche Verhandlung abzuhalten, nachher vom Schiedsgericht ohne vorherige Benachrichtigung der Partei Abstand genommen und dadurch der Partei die Möglichkeit genommen wird, weiteren

Beweis für ihre Anführungen anzutreten. **d)** **RG.** JW. **10** 946, R. **10** Nr. 3807. Hat das Schiedsgericht einer Partei Rückfrage über allenfalls zweifelhafte Punkte in Aussicht gestellt, so verletzt er den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, wenn er hiervon, ohne die Partei vorher zu verständigen, später abweicht. **e)** **RG.** JW. **10** 70. Da schon das ordentliche Gericht nicht verpflichtet ist, vor dem Erlasse des Urteils seine Rechtsauffassung den Parteien mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zu geben, hierüber zu verhandeln (JW. **99** 161), braucht ein Schiedsgericht, an das weniger strenge Anforderungen zu stellen sind (JW. **05** 157), dies auch nicht. Es ist Sache der Parteien, ihren Vortrag von vornherein auf alle Möglichkeiten einzurichten. **f)** OLG. **21** 125 (Hamburg). Haben beide Parteien sich mit der Vernehmung eines bestimmten Sachverständigen einverstanden erklärt, so ist nicht erforderlich, daß das Schiedsgericht die Parteien nach Abgabe des Gutachtens nochmals hört.

V. Nr. 5. **a)** **RG.** JW. **10** 658, WarnE. **3** 269, R. **10** Nr. 2672 und R. **10** Nr. 1422. Auf die *Begründung* des Schiedsspruchs sind die für gerichtliche Entscheidungen geltenden Vorschriften nicht anzuwenden. Es genügt, wenn erkennbar ist, daß das Schiedsgericht nach *sachlicher* Prüfung zu seinem Spruche gekommen ist. **b)** BayRpflZ. **10** 201 (Nürnberg). Ob die Gründe richtig, genügend und vollständig sind, ist gleichgültig. Eine allgemeine Rechtfertigung aus Gründen der Billigkeit genügt.

§ 1042. OLG. **21** 121 (Kiel). Die Festsetzung der durch das *Schiedsverfahren* entstandenen Kosten erfolgt durch das Schiedsgericht, wenn erforderlich, durch nachträgliche Ergänzung des Spruches (**RG.** **59** 149, OLG. **15** 94). Dies gilt auch, wenn bereits ein Vollstreckungsurteil ergangen ist, das die Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens mitumfaßt, ohne sie zu berechnen. (AM. *Gaupp-Stein* 88 zu § 1042.)

§ 1045. 1. R. **10** Nr. 2051 (Stettin). Es ist zulässig, daß der Kläger nach § 1045 einen Antrag auf Unfähigkeitserklärung eines Schiedsrichters stellt, während der Rechtsstreit über das betr. Rechtsverhältnis von ihm bei demselben Gerichte schon anhängig gemacht ist, für das nach Einrede des Bekl. der Rechtsweg kraft Schiedsvertrags ausgeschlossen sein soll.

2. R. **10** Nr. 3237 (Colmar). Das Erlöschen des Schiedsvertrags kann auch im Wege der Replik gegen die Einrede des Schiedsvertrags (§ 274 Nr. 3) geltend gemacht werden.

3. SchlHolstAnz. **10** 352 (Kiel). Da über den rechtlichen Bestand eines Schiedsvertrags nach § 1045 im Beschlußverfahren zu entscheiden ist, ist eine Klage auf Feststellung seines Fortbestehens mangels rechtlichen Interesses des Klägers abzuweisen.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1162, JW. **10** 192, R. **10** Nr. 969. Ein die Ablehnung eines Schiedsrichters wegen Befangenheit rechtskräftig zurückweisender Beschluß ist für das Verfahren aus § 1041 bindend.

5. *Mothes*, LeipzZ. **10** 284. Werden nach § 6 GewGerG. für Rechtsstreitigkeiten, für welche von Rechts wegen die Zuständigkeit der Gewerbegerichte begründet ist, paritätische Schiedsgerichte gebildet, so ist — da durch die Zuständigkeit eines Gewerbegerichts die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen ist — anzunehmen, daß das bei Nichtbestehen eines Schiedsvertrags zuständige *Gewerbegericht* diejenige Stellung einnimmt, welche im 10. Buche der ZPO. den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist (§§ 1036, 1039, 1041, 1042 ZPO.). S. a. oben §§ 1025 ff. Nr. 6.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Das Gesetz hat im Jahre 1910 eine besonders umfangreiche gerichtliche und schriftstellerische Bearbeitung gefunden, am meisten, wie gewöhnlich, seine Bestimmungen über Kostenwesen, Zubehör, Verteilung, Zwangsverwaltung und Teilungsversteigerung. Gegen die bisherige herrschende Meinung über das Wesen dieser Vollstreckungsarten und die Bedeutung der richterlichen Tätigkeit dabei erheben sich neue Stimmen. Die Frage der Erlöse weit unter Wert ist brennender denn je. S. auch die Vorbem. vor §§ 15, 90, 133, 180. — 2. Von den unten mitgeteilten Entscheidungen, die mit ➼ ... Red. ⟵ bezeichnet sind, liegen, soviel bekannt, bisher Veröffentlichungen nicht vor. — 3. Auf die schon in früheren Bänden dieses Jahrbuchs angegebenen Entscheidungen, die neuerdings in Zeitschriften erwähnt sind, war nur ausnahmsweise unten zurückzukommen. — 4. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall: „Zwangsversteigerung", dagegen „ZwVerw": „Zwangsverwaltung" und „TV.": Teilungsversteigerung. — 5. Die unten genannten Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG. — 6. Ortsnamen ohne Beisatz bedeuten die dortigen Oberlandesgerichte. — 7. Bei einzelnen angeführten Entscheidungen des RG. ist deren in den Zeitschriften nur teilweise abgedruckter Inhalt aus den Urschriften ergänzt.

Literatur: Dickel, Rechtsfälle, Heft 2, Gerichtsverfassung, ZPO., ZVG., Konkurs (2). Berlin 1910. — Fischer, O., und Schaefer, L., Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen (2). Berlin 1910. — Harnier, Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Berlin 1909. — Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung. Berlin 1910; s. zu § 9 usw. — Krech, J., und Fischer, O., Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen (6). Berlin 1910. — Reinhard, Übersicht der Rechtsprechung und Literatur, ZBlFG. **10** 692.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. BayObLG. **10** 630, DJZ. **10** 1471. Die Möglichkeit einer durch Zuschreibung eines Grundstücks als Bestandteils eines anderen entstehende Verwirrung im Sinne des § 5 GBO. kann namentlich im Hinblick auf künftige ZwV. dann angenommen werden, wenn das Hauptgrundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist und diese nicht auf den zuzuschreibenden Grundstücksteil erstreckt wird, was durch ausdrückliche Erklärung geschehen muß.

2. LeipZ. **10** 250 (Hamm). Für die Zwangsvollstreckung der Pr. Verwaltungsbehörden in das unbewegliche Vermögen werden nach § 51 VO. v. 15. 11. 99 die für die gerichtliche Vollstreckung bestehenden Vorschriften als maßgebend erklärt. Die Verwaltungsbehörde hat den Antrag zu stellen, das Gericht hat die Vollstreckbarkeit nicht nachzuprüfen. Danach findet auf Grund eines Verwaltungsschuldtitels wenigstens die ZwV. und die ZwVerw. durch das Amtsgericht statt. Der Verwaltungsschuldtitel ist auch ein solcher im Sinne des § 2 AnfG.

3. Grundstücksanteile § 16 Ziff. 1, 3, 9. Öffentlichkeit der Verhandlung? § 66 Ziff. 9. Wesen der ZwV. § 90 Ziff. 6, 16. Fährgerechtsame § 180 Ziff. 6.

§ 2. 1. ➼ **RG.** 8. 6. 10. Der Art. V RGZustGes. vom 22. Mai 1910, wonach Zuständigkeitsbestimmungen einem von mehreren Oberlandesgerichten eines Bundesstaats übertragen werden können, vermag zunächst nur für Preußen Bedeutung zu gewinnen, aber für den Fall, daß die der Zwangsvollstreckung zu unterwerfenden Grundstücke in mehreren verschiedenen Bundesstaaten liegen, hat nach wie vor das

RG. das Vollstreckungsgericht zu bestimmen. — Der § 2 findet auch Anwendung, wenn die ZwVerw. mehrerer in verschiedenen Gerichtssprengeln liegender Grundstücke durch einstweilige Verfügung angeordnet worden ist. Red. ←

2. WürttZ. **09** 16 (Stuttgart). Der § 2 findet auch Anwendung, wenn es sich um ZV. von mehreren in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken liegenden Grundstücken handelt.

§ 8. ElsLothNotZ. **10** 65 (Revisionsbescheid des OLGPräsidenten v. 1. 7. 09). Der Eröffnungsbeschluß muß einem in Frankreich wohnenden Schuldner auf diplomatischem Wege, einem dem Wohnorte nach unbekannten Schuldner öffentlich zugestellt werden.

§ 9. 1. Reinhard, R. **10** 364, ist gegen Dresden (SächsOLG. **29** 532) mit der überwiegenden Praxis der Meinung, daß ein Pfändungspfandrecht an dem auf eine Hypothek entfallenden Erlösteil ein Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte im Sinne des (zum allermindesten entsprechend anzuwendenden) § 9 Ziff. 2 ist. Beim Zusammentreffen von Abtretung und Pfändung solcher Erlösanteile erachtet er jeden, der Anspruch darauf erhebt, für beteiligt, da das ZwVGericht über die sachliche Berechtigung nicht zu entscheiden, wenn auch unter Umständen Glaubhaftmachung zu verlangen habe.

2. ZBlFG. **11** 164 (Dresden). Die K. als Zessionarin einer Briefhypothek war dem ZwVVerfahren beigetreten und hatte zwar Mitteilung nach § 41 Abs 2, aber nicht Terminsbestimmung zugestellt erhalten, da noch O. als Gläubiger der Hypothek eingetragen war. Im Versteigerungstermin, an dem die K. nicht teilnahm, gab S. das Meistgebot von 18 240 M. ab, vor dem anberaumten Zuschlagstermine beantragte aber die K. neuen Versteigerungstermin nach § 85. Das AG. versagte dann den Zuschlag gemäß §§ 83 Ziff. 1, 43 Abs. 2, aber das LG. erteilte ihn dem S., und die weitere Beschwerde der K. wurde aus folgenden Hauptgründen zurückgewiesen: Nur bei Anmeldung, die durch eine zufällige Bemerkung in den Grundakten nicht ersetzt wurde, gälte die K. nach § 9 Ziff. 2 als bekannt. Ihr Antrag nach § 85 konnte nur bis zum Schlusse der Versteigerungsverhandlung gestellt werden (§ 74). Der § 87 Abs. 3 bezieht sich nur auf solche Umstände, die für den Beschluß über den Zuschlag bei Zugrundelegung der Ergebnisse des Versteigerungstermins von Bedeutung sind.

3. ElsLothJZ. **10** 31 (Colmar). Ein Nießbrauch berechtigt zur Beteiligung an einem ZwVVerfahren. Die Anmeldung und Glaubhaftmachung des § 9 Abs. 2 ist eine andere wie die des § 37. Sie bezweckt nur Erlangung der Befugnisse eines Beteiligten, weder Form noch Zeitgrenze ist für sie vorgeschrieben.

4. *Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 336/44. Die Sonderstellung des die ZwV. betreibenden Gläubigers beruht vor allem darauf, daß er der Veräußerer des Grundstücks ist. (S. Vorbem. vor § 90!)

5. Käufer § 115 Ziff. 4, 17. Beteiligte § 115 Ziff. 16, 23, § 154 Ziff. 2, § 164 Ziff. 1, § 180 Ziff. 14.

§ 10. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2394, 2395. In dem Rechtsstreit über einen freiwillig zur Abwendung der ZwV. für Kosten hinterlegten Betrag wurde ausgesprochen: a) Auch wenn das Katastermaterial zuerst für eine später als unzulässig erkannte ZwV. beschafft wurde, können die Kosten dafür gefordert werden, wenn der Fordernde nachträglich der ZwV. wieder und zwar rechtmäßig beigetreten war. b) Kosten für Reisen zur Einsichtnahme in den verwickelten Kalkulationsbericht des ZwVerwVerfahrens können auch als zweckentsprechend aufgewendet gelten.

2. **RG.** 72 332. Hier ist das in JDR. **8** § 10 Ziff. 4 erwähnte Urteil über Sicherungskosten nach § 1134 BGB., die nicht unter §§ 10 ZVG., 1118 BGB. fallen, abgedruckt.

3. R. **10** 852 (KG.). Preußische Kanalisationsgebühren sind keine dinglichen Lasten, sondern persönliche Verpflichtungen, sie fallen nicht unter § 10. Die Gemeinde

kann dies nicht einseitig ändern. Ebenso OVG. **51** 63. (Auch KGBl. **10** 53.). S. Ziff. 9.

4. MecklZ. **29** 27 (Rostock). Das sog. „Grundgeld" an eine Mecklenburgische Stadt (vereinbart für Kaufpreis in älterer Zeit) ist im Zweifel keine öffentliche Last nach § 436 BGB. Vgl. § 85 Abs. 1 Ziff. 2 MecklABGB.

5. Planck, WürttZ. **09** 168. Trotz mangelnder ausdrücklicher Bestimmungen werden in Württemberg Grund- und Gebäudesteuern sowie „Brandschaden" als öffentliche Lasten des Grundstücks im Sinne des § 10 Ziff. 3 zu erachten sein. (S. Ziff. 12).

6. BadNotZ. **10** 162, BadRpr. **10** 143 (BadVerwG. u. AG. Karlsruhe). Der Feuerversicherungsbeitrag zur badischen staatlichen Gebäudeversicherungsanstalt wird vom Eigentümer eines Gebäudes geschuldet, auch wenn er Ersteher ist und die Anstalt es versäumt hatte, den Beitrag zum ZwVVerfahren anzumelden. Eine Klage auf Rückersatz wegen beigetriebener Beiträge kann nur vor dem Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

7. Langer, PrVerwBl. **31** 71. In Preußen ist laufender gemeindlicher Wasserzins bis zum Zuschlag in der ZwV. zu berücksichtigen.

8. Langer, PrVerwBl. **31** 103. Die Preuß. Kreisumsatzsteuer ist keine öffentliche Last (**RG. 40** 264).

9. Wolff, PrVerwBl. **31** 451. Der Ersteher braucht nicht für die Lasten und Abgaben (hier preuß. Wasserleitungs- und Kanalisationsgebühren) zu haften, die im ZwVVerfahren geltend gemacht sind oder hätten geltend gemacht werden können, die also schon begründet waren. Dagegen haftet er für erst nach dem Zuschlage fällig werdende Raten. (S. Ziff. 3.)

10. RheinARV. **10** 41 (LG. Cöln). Der § 10 schließt es nicht aus, daß die Kosten einer früher fruchtlos versuchten Mobiliarvollstreckung auf Antrag lediglich auf Grund des Titels für den Hauptanspruch hypothekarisch eingetragen oder in den Anordnungsbeschluß aufgenommen werden.

11. SächsRpflA. **10** 573 (Sächs. Finanzministerium). Nach TSt. 33 Sächs. StStG. ist der Wert einer Vollmacht im ZwVVerfahren nicht bloß nach der Forderung, für die die ZwV. betrieben wird, sondern nach der Gesamthöhe der für den Vollmachtgeber auf dem Grundstück eingetragenen Hypotheken zu berechnen, sofern die Vollmacht nicht auf einen kleineren Betrag eingeschränkt ist.

12. WürttRpflZ. **10** 198 (Stuttgart). Beiträge zur landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft, württ. Gewerbesteuerbeträge und Bodenzinse (— letztere im Zweifel —) sind keine öffentlichen Lasten im Sinne des § 10 Ziff. 3, über den württ. Brandschadenbeitrag ist hier nicht zu entscheiden; dagegen fällt die württ. Grund- und Gebäudesteuer unter § 10 Ziff. 3. Für deren Zahlung nach richtiger Anmeldung muß der Konkursverwalter auch bei freihändigem Grundstücksverkaufe Sorge tragen. Er kann nicht einwenden, daß diese Steuer als dingliche Last auch von dem Käufer noch beigetrieben werden könne. Dies widerspricht dem württ. Ges. v. 1873, woran durch § 10 Ziff. 3 nichts geändert ist.

13. *Sachs, JheringsJ. **58** 323 ff. Die Gleichstellung der Amortisationsquoten mit den wiederkehrenden Leistungen und „anderen Nebenleistungen" (§ 12) hat nur Bedeutung für die Rangordnung der einzelnen Ansprüche. In anderer Hinsicht sind Amortisationsbeiträge anders als die Zinsen zu behandeln. Vgl. § 47 Ziff. 1. Ausnahme § 49 Ziff. 1.

14. Persönlicher Titel § 44 Ziff. 1, 4. Rangvorbehalt §§ 44 Ziff. 3, 115 Ziff. 18, 20. Zwangshypothek § 19 Ziff. 3. Kostenwesen im allgemeinen §§ 58, 109, 115 Ziff. 22. Hypothekenzinsen Dritter § 115 Ziff. 23. Steuerglaubhaftmachung § 45 Ziff. 1. Balkongebühr § 90 Ziff. 4. Bauvorschüsse § 152 Ziff. 5. Rang in der ZwVerw. § 155 Ziff. 1, 2.

§ 12. Amortisationsbeiträge §§ 10 Ziff. 13, 47 Ziff. 1, 49 Ziff. 1, 180 Ziff. 10.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

Vorbemerkung. Die früher vielumstrittene Meinung, daß gegen Eröffnungsbeschlüsse zunächst Erinnerungen nach § 766 ZPO. erhoben werden müssen, wird nun mit Recht die herrschende.

§ 15. 1. Manheim, Vollmacht in der Zwangsvollstreckungsinstanz, DJZ. **10** 1226, hält es im allgemeinen nicht für notwendig, daß der Prozeßbevollmächtigte, der im Urteil oder Kostenfestsetzungsbeschluß als solcher bezeichnet ist, dem vom Prozeßgerichte verschiedenen Vollstreckungsgericht eine Vollmacht einreicht. (Vgl. § 19 Ziff. 1!)

2. SchlHolstAnz. **10** 197 (Kiel). Gegen den Eröffnungsbeschluß zunächst Erinnerungen!

3. ElsLothJZ. **10** 31 (Colmar). Gegen einen ohne Gehör beider Teile erlassenen Eröffnungsbeschluß sind zunächst Erinnerungen nach § 766 ZPO. auch dann trotz des ElsLothAGZVG. erforderlich, wenn Aufstellung eines anderen Versteigerungsnotars verlangt wird. Doch kann „die Beschwerde" besonders eines Rechtsunkundigen auch als Erinnerung aufgefaßt werden. Das Vollstreckungsgericht muß nun zunächst über sie entscheiden, und es kann daher die Ansicht des LG., daß der weitere Erinnerungsgrund, die Unzulässigkeit der ZV., nur nach § 771 ZPO. verfolgt werden könne, einstweilen dahingestellt bleiben.

4. Verwaltungsvollstreckung § 1 Ziff. 2. Zustellung § 8. Konkursanfechtung 20 Ziff. 1. Erinnerungen § 180 Ziff. 1, 16.

§ 16. 1. **RG.** R. **10** Nr. 1728. Aus der Selbständigkeit der einzelnen Grundstücksanteile (nach §§ 747, 1108, 1114 usw. BGB.) folgt, daß, wenn auf Grund gemeinschaftlicher Verfügungen der Miteigentümer eine Hypothek auf das ganze gemeinschaftliche Grundstück eingetragen wird, die Hypothek jeden Anteil selbständig belastet, allerdings nicht in dem Sinne, daß eine Gesamthypothek gemäß § 1132 BGB. entsteht. Aber jeder Anteil haftet für die ganze Forderung und im Falle der ZwV. auch nur eines Anteils kann der Gläubiger in voller Höhe der Hypothek Befriedigung aus diesem Anteile verlangen. (S. dagegen Ziff. 3!)

2. ZBlFG. **10** 689 (LG. Straßburg). Die Vorschrift des § 739 ZPO. (Duldungstitel betr.) hat auch dann Anwendung zu finden, wenn der Mann als Gesamtschuldner mit der Frau zur Leistung verurteilt ist.

3. Leo, Hypotheken- und Bruchteilsversteigerung, GruchotsBeitr. **54** 257, hält es im Gegensatze zur Praxis mit Eccius (aaO. **48** 451, **46** 447, 728) und über diesen noch hinausgehend für unrichtig, bei der ZwV. eines Grundstücksanteils die Regeln über Gesamthypotheken anzuwenden. Er gibt Zahlenbeispiele für die Unhaltbarkeit dieser Lehre und zum Beweise für seine Meinung, daß auf dem halben Eigentumsanteile die Hypotheken nicht ganz, sondern nur zur Hälfte lasten und daß danach in der ZwV. zu verfahren ist (aM. Ziff. 1.)

4. BayRpflZ. **10** 202 (Augsburg). Der § 799 ZPO., wonach die Zustellung der die Rechtsnachfolge beweisenden Urkunde an den Schuldner nicht nötig ist, wenn der neue Gläubiger vollstreckbare Ausfertigung hat und aus dem Grundbuche hervorgeht, findet auf die Hypothekenurkunden des bayer. Rechtes Anwendung (Artt. 127, 129 BayAGZPO.). S. a. ZPO. § 799.

5. Th. Wolff, Streitfragen aus dem Rechte der ZwV. und ZwVerw. R. **10** 655. Über Gläubigerwechsel führt der Verfasser, zum Teil gegen Brückner (R. **08** 283) und Korsch (R. **09** 173), folgendes aus: Einer besondern Abtretung der Rechte aus der Beschlagnahme bedarf es nicht, aber die Umschreibung der Vollstreckungsklausel und die Zustellung der ihr zugrunde liegenden Urkunden sowie der neuen Klausel selbst müssen dem Vollstreckungsgerichte nachgewiesen werden. Dieses hat nur bei Beanstandung Beschluß zu erlassen. § 27 ist nicht entsprechend anzuwenden.

Nur nach § 41 Abs. 2 ist dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger Mitteilung zu machen.

6. Schwabe, Vollstreckbare Tabellenausfertigung pendente concursu?, DJZ. **10** 1229. Dem Hypothekgläubiger, dessen Forderung im Konkurs „auf den Ausfall" festgestellt wurde, ist (auch bei Freigabe des Grundstückes durch den Konkursverwalter) eine vollstreckbare Ausfertigung aus der Tabelle noch während des Konkursverfahrens gemäß § 4 Abs. 2 trotz § 164 Abs. 1 KO. zu erteilen und diese ist geeignet, einen Titel zur Vollstreckung in das Grundstück zu geben.

7. BayObLG. **11** 222. Vollstreckbare Ausfertigung kann nach §§ 1282 BGB., 727 ZPO. dem nicht verweigert werden, dem eine sofort vollstreckbare Forderung verpfändet ist.

8. Neudegger, die Gesellschaft des BGB. im materiellen Grundbuchrechte, ABürgR. **34** 41, erklärt S. 69 die Belastung eines Gesellschaftsanteils mit einer Hypothek u. S. 73 dessen Belastung mit einer Vormerkung während bestehender Rechtsgemeinschaft nach § 1114 BGB. und zur Verhütung der Erschwerung der ZwV. für unzulässig. S. 99 ff. führt er aus, daß, während zur ZwV. gegen einen nichtrechtsfähigen Verein ein gegen diesen ergangenes Urteil nach § 735 ZPO. genüge, zur ZwV. in das Vermögen einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nach § 736 daselbst ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich sei. Trete ein Gesellschafter aus, so sei kein neuer Titel nötig, wohl aber ein solcher gegen einen neu eintretenden Gesellschafter. Erfolge dieser Eintritt erst nach der Rechtshängigkeit eines dinglichen Anspruchs, so könne einfach die Klausel auch gegen den neuen Gesellschafter erteilt werden. Bei persönlichem Anspruch gelte dies nur dann, wenn der Neueintritt erst nach rechtskräftiger Feststellung der Gesellschaftsschuld erfolgt sei. Auf Grund Titels gegen nur einen Gesellschafter könne weder in das ganze Gesellschaftsvermögen noch in den Gesamthandanteil eines Gesellschafters vollstreckt werden. Nur mittels Pfändung des Gesamthandanteils könne Kündigung und Aufhebung der Gesellschaft und Auseinandersetzung ihres Vermögens erlangt werden.

9. **RG.** R. **11** Nr. 192. Der Miteigentümer, dem eine das ganze Grundstück belastende Hypothek zusteht, kann die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil des anderen Miteigentümers betreiben. § 864 Abs. 2 ZPO.

10. Persönlicher Titel § 44 Ziff. 1. Dienstbarkeiten bei Anteilsversteigerung § 64 Ziff. 1.

§ 17. 1. Heinsheimer, Grundstücksverzicht wegen drohender ZwV., BayRpflZ. **10** 85, stellt 49 Fälle solcher Verzichte bei 5 größeren Grundbuchämtern seit 1900 fest, beklagt dieses durch § 928 BGB. — ohne die erforderlichen Einschränkungen auf Notfälle — ermöglichte, den Beteiligten mannigfache Verlegenheiten bereitende Verfahren und schlägt als „kleine" Gegenmittel dagegen vor, daß a) die Landesjustizverwaltung in nach § 6 EGZVG. zulässiger Weise den Namen des das Grundstück aufgebenden Eigentümers in die Versteigerungsbekanntmachung mit aufnehmen läßt, b) daß sie die Eintragung der Grundstücksaufgabe im Grundbuche von entsprechender Vorschußzahlung abhängig macht. (S. § 19 Ziff. 2!)

2. ➼ **RG.** 13. 4. 10. A. weigerte sich mit Unrecht, an die B. aufzulassen, erwarb eine vollstreckbare Forderung des C. gegen die B., ließ auf Grund deren den Auflassungsanspruch der B. gegen ihn selbst pfänden und sich zur Einziehung überweisen, ließ hierauf das Grundstück an einen gerichtlich bestellten Sequester (§ 848 ZPO.) auf und erwirkte dann die Eintragung der von C. erworbenen Forderung als Sicherungshypothek auf dem Grundstück. Auf Grund dieser betrieb er die ZwV. und erstand das Grundstück. Dies Verfahren konnte nach Lage des Falles nicht, auch nicht nach § 826 BGB., beanstandet werden. Red. ➼

3. BayObLG. **11** 103. Die notwendige Eintragung der Bruchteile der Miteigentümer im Grundbuch kann nicht von Amts wegen, sondern nur auf den Antrag

eines Berechtigten gemäß § 22 GBO. erfolgen. Ein die Miteigentumsanteile angebendes Erbschaftszeugnis allein genügt dazu nicht, sondern es ist die Zustimmung der anderen Miteigentümer selbst dann erforderlich, wenn der Inhaber eines gegen einen der Miteigentümer vollstreckbaren Titels die Grundbuchberichtigung betreibt.

4. FrankfRundsch. **9** 234, R. **10** Nr. 3820 (Frankfurt). Die Vorschrift des § 17 will für Fälle, in denen ein Vermögen mehreren Personen in Rechtsgemeinschaft zusteht, nichts anderes besagen, als daß derjenige, dessen Verurteilung zur Leistung notwendig ist, als Eigentümer eingetragen sein muß; ob ein Titel gegen einen der Beteiligten (Ehemann, Leibzüchter u. a.) notwendig und ausreichend ist, ist eine Frage des materiellen Rechtes.

5. Voß, LeipzZ. **10** 610. Die natürliche Lösung (der zweifelhaften Frage, wie nach erfolgreicher Anfechtung einer Grundstücks-(Bruchteils-)Veräußerung zu vollstrecken sei) ergibt sich, wenn dem Anfechtungsberechtigten der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches zugestanden wird. Dann kann der Veräußerer zwar nur zum Zwecke der ZwV. und mit relativer Wirkung, aber doch mit dinglichem Erfolge zugunsten des Anfechtungsberechtigten eingetragen werden, am besten gleichzeitig mit dem ZwVVermerk. Das Gleiche gilt für TV. nach angefochtener Veräußerung eines Bruchteils an den anderen Teilhaber. Mit einem bloß gedachten Miteigentümer kann der Eigentümer des Ergänzungsbruchteils sich zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft nicht auseinandersetzen. (A. M. § 180 Ziff. 13.)

6. ElsLothNotZ. **10** 65. (Revisionsbescheid des OLGPräsidenten.) Zur Zeit des erst nach einer vorgängigen Zwischenverfügung ergangenen Eröffnungsbeschlusses war ein anderer Eigentümer im Grundbuch eingetragen, als bei der Antragstellung. Der Vollstreckungsrichter hätte sich erkundigen sollen, ob in der Zwischenzeit Veränderungen eingetreten sind. Sein wegen fehlender Voraussetzung des § 17 unrichtiger Beschluß mußte gleichwohl vom Grundbuchrichter eingetragen werden. (S. Ergänzung § 19 Ziff. 4!)

7. Antrag auf Eigentumseintragung § 19 Ziff. 1. ZwV. von Schiffen § 164.

§ 19. 1. du Chesne, Das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan, ZBlFG. **11** 1, 11. Die Eintragung des ZwVVermerkes bricht den guten Glauben Dritter an die Verfügungsfreiheit des Eigentümers und wirkt insofern ähnlich wie ein Widerspruch. Sie hat deklaratorischen Charakter, der aber nicht ausschließt, daß sie selbst Vollstreckungsakt ist. Der Anstoß dazu kann nur vom Vollstreckungsgericht ausgehen. Nur dieses hat gegen Vollzugsweigerungen des Grundbuchamts die grundbücherlichen Rechtsbehelfe, der Private hat kein Antrags- und Beschwerderecht. Er hat nur den hilfsweisen, nach §§ 17 ZVG., 14 GBO. gegebenen, auf seinem Vollstreckungsrechte beruhenden, Anspruch, den ein Dritter auf Grund privatschriftlicher Vollmacht, die schon im vollstreckbaren Titel selbst genügend bestätigt sein kann, zu verwirklichen vermag. Bei der selbständigen und über das Grundbuch hinausgreifenden Wirkung des Anordnungsbeschlusses wird es nicht zulässig sein, — ebensowenig wie im Konkursverfahren —, den Anordnungsbeschluß im Ersuchen an das Grundbuchamt ausschließlich unterzubringen. Das Ersuchen kann daher Grundlage der Eintragung nur dann sein, wenn der materielle Inhalt desselben nicht erkennbar von dem Anordnungsbeschlusse abweicht. — Eine Vollstreckungstätigkeit des Grundbuchamts ex off. ordnet § 19 Abs. 2 an. Gegen ihre Verweigerung nur Beschwerde des Vollstreckungsgerichts, nicht des Gläubigers.

2. KGJ. **38** A 302, DNotV. **10** 756. Zwischen dem den Verzicht auf das Eigentum an dem Grundstücke betreffenden Vermerk und dem ZwVVermerke besteht kein Rangverhältnis. Wenn bei der Eintragung des Eigentumsverzichts im Grundbuche vermerkt wird, daß der Verzicht dem ZwVVermerk im Range vorgehe, so kann die Löschung des Rangvermerkes als eines inhaltlich unzulässigen Teiles einer Eintragung im Beschwerdewege verlangt werden. — Die Beschlagnahme wirkt nach §§ 20, 23

wie ein Veräußerungsverbot für den betreibenden Gläubiger. Dessen Rechte können durch bloße Aufgabe des Eigentums aber nicht beeinträchtigt werden. Diese Aufgabe hat auch keine Einstellung nach § 28 zur Folge. (S. auch § 17 Ziff. 1!)

3. BadRpr. **10** 142 (LG. Mosbach). Die Vorschrift des § 46 Abs. 2 GBO. (über Rangeintrag bei an einem Tage eingeschriebenen Rechten) findet auf den Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek gegenüber dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung des Versteigerungsvermerkes keine Anwendung. Die Beschlagnahme ist gegenüber dem noch nicht eingetragenen oder vorgemerkten Zwangshypothekar (als nicht rechtsgeschäftlichem Erwerber) trotz seines guten Glaubens wirksam.

4. ElsLothNotZ. **10** 66 (Revisionsbescheid des OLGPräsidenten). Der Grundbuchrichter hat nur die gesetzliche Befugnis des Vollstreckungsrichters nach § 39 GBO., nicht die Grundlagen des Ersuchschreibens zu prüfen. Wegen Rechten, die der ZwV. entgegenstehen, darf er die Eintragung nicht verweigern, auch nicht, weil der Name des Schuldners nicht im Ersuchschreiben steht. Aber der aus der Abschrift des Grundbuchblatts die Eintragung eines anderen Eigentümers ersehende Vollstreckungsrichter muß sofort nach § 28 verfahren. Bei dinglichem Anspruche kann die fehlende Klausel nach §§ 325, 727 ZPO. nachgebracht und dann das Verfahren fortgesetzt werden. — Nach § 3 Abs. 1 ElsLothAGZVG. sind die Akten sofort nach Mitteilungen des Grundbuchamts, nicht erst nach eingetretener Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses an den Notar zu übersenden. (S. § 17 Ziff. 6!)

5. RheinARV. **10** 17 (LG. Coblenz). Der Vollstreckungsrichter hatte um Eintragung des Sperrvermerkes auf 3 einzeln aufgeführten Grundstücken ersucht, der Grundbuchrichter darauf die Eintragung auf den Grundstücken „1 bis 3" bestätigt. Auf Beschwerde des ZwVRichters mußte der Grundbuchrichter die Eintragung zur Vermeidung aller Zweifel ausdrücklich auf Nr. 3 mit erstrecken.

6. Zustellung § 8.

§ 20. 1. SächsOLG. **30** 337, R. **10** Nr. 970. Der von einem persönlichen Gläubiger erwirkte Beschluß auf ZwV. oder ZwVerw. des dem Gemeinschuldner gehörenden Grundstücks ist nach § 30 Nr. 2 KO. anfechtbar. — Die Wirkungen der Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerw. werden nicht schon durch die Zurücknahme des Antrags, sondern erst durch die Zustellung des Aufhebungsbeschlusses beseitigt.

2. **RG. 73** 333, DJZ. **10** 1438, R. **10** Nr. 2336, 2348, 2364. Die Ofenfabrik, die vor Einleitung der ZwVerw. und ZwV. aus dem zwangsversteigerten Neubaue die von ihr gelieferten und zu wesentlichen Bestandteilen gewordenen Öfen herausgerissen und entfernt hatte, war wegen zum mindesten fahrlässiger Verletzung des Hypothekenrechts des Klägers, der Ersteher blieb und mit seiner Hypothek fast gänzlich ausfiel, zur Schadensersatzleistung gemäß § 823 BGB. zu verurteilen. Weder ihr nur obligatorisch wirkender Eigentumsvorbehalt noch die Zustimmung des Eigentümers zur Beseitigung der Öfen, noch die in ihren Kreisen herrschende Anschauung kann die Beklagte entschuldigen. An Hypothekenbelastung des Grundstücks mußte sie denken, wenn sie auch gerade die Hypothek des Klägers nicht kannte, und äußerstenfalls hätte sie vor ihren gewaltsamen Maßnahmen einen Rechtskundigen über deren Zulässigkeit befragen müssen. Auch die Feststellung des OLG., daß ohne Wegnahme der Öfen der Ausfall des Klägers besser gedeckt worden wäre, daß also diesen die Wegnahme geschädigt hat, war nicht zu beanstanden. Das niedrige Meistgebot des Klägers kommt hierbei nicht in Betracht, wohl aber der wahre seine Hypothek teilweise deckende Wert des Grundstücks, der mit den Öfen ein höherer gewesen wäre, als ohne sie. ➸ Ähnlich Rostock in MecklZ. **28** 181, das auch den Einwand des Beklagten, Kläger hätte ausbieten können, nicht zuließ. Red. ⇠

3. **RG.** BayRpflZ. **10** 404, LeipzZ. **10** 769. Zubehör eines ein selbständiges Grundstück bildenden Wirtschaftsgartens kann Zubehör des Hauptwirtschaftsgrundstücks unter Umständen sein.

4. MecklZ. **29** 38 (Rostock). Wer den Eigentümer eines Mühlengrundstücks zu dessen „Ausschlachtung" (Kaltabbrennen) anstiftet, kann dem Hypothekgläubiger schadensersatzpflichtig werden.

5. LeipzZ. **10** 415 (Königsberg). Der persönliche Gläubiger kann den wenige Tage vor Einleitung der ZwV. und ZwVerw. geschehenen Wegverkauf von Zubehörstücken, die seiner Mobiliarpfändung gemäß § 865 ZPO. entzogen waren, nicht nach dem AnfG. anfechten, da er dadurch nicht benachteiligt ist.

6. **RG.** (Straff.) SächsRpflA. **10** 568. Eine nach § 865 ZPO. unzulässige Pfändung von Zubehörstücken untersteht gleichwohl dem Strafschutze des § 137 StGB.

7. Eigentumsverzicht § 19 Ziff. 2. Beziehungen zu § 1121 BGB. s. § 23 Ziff. 2. Erker, Balkone § 90 Ziff. 4. ZwVerwBeschlagnahme § 146 Ziff. 1. Antrag des Nachlaßverwalters § 175 Ziff. 2. Umfang der ZwV. s. im allg. §§ 37, 55, 90! Wesentl. Bestandteile und Zubehör s. im allg. §§ 93 ff. BGB.!

§ 21. 1. **RG.** R. **10** Nr. 3071. Auf Schlagreife des gefällten Holzes kommt es nicht an. Denn die Bäume waren „forstwirtschaftliche Erzeugnisse", auch wenn sie noch nicht schlagreif gewesen sein sollten.

2. Unzulässige Früchtepfändung § 152 Ziff. 6.

§ 22. Zwangshypothek § 19 Ziff. 3. Kein Rang des Eigentumsverzichts § 19 Ziff. 2.

§ 23. 1. *Eberhard, ZBlFG. **10** 677. Die wirtschaftswidrige Verfügung über mitbeschlagnahmte bewegliche Sachen ist relativ — d. h. nur zugunsten des Beschlagnahmegläubigers — unwirksam. Da also trotz der Veräußerung die Beschlagnahme in Ansehung solcher Sachen z. Zt. der Versteigerung noch wirksam ist, erstreckt sich die Versteigerung auch auf sie (§ 55). Der Ersteher erwirbt demnach an ihnen — soweit die Wirkungen der Beschlagnahme nicht durch Erwerb in gutem Glauben erloschen sind (vgl. § 23 Abs. 2 Satz 2!) — durch den Zuschlag Eigentum auch an den wirtschaftswidrig veräußerten Sachen, mag er von ihnen oder ihrer Veräußerung z. Zt. des Zuschlags Kenntnis haben oder nicht. — Die wirtschaftswidrige Verfügung wird wirksam durch Zustimmung des Gläubigers (§§ 182 ff. BGB.); hierzu muß aber kommen die Aufhebung des Verfahrens in Ansehung dieser Gegenstände; zu dieser Partialaufhebung ist das Gericht auf Antrag des Gläubigers verpflichtet. Es bedarf indessen in dieser Hinsicht nicht eines ausdrücklichen Aufhebungsbeschlusses, sondern nur einer unzweideutigen Stellungnahme (z. B. Streichung im Inventar, auf das bei der ZwV. Bezug genommen wird). — Darüber, ob eine Verfügung über bewegliche Sachen wirtschaftswidrig ist, entscheiden objektive Gesichtspunkte, nicht die konkrete Sachlage. Einen Schutz des guten Glaubens hierbei kennt das Gesetz nicht. (Teilw. aM. Schneider, ZBlFG. **9** 460.)

2. Meiser, § 1121 BGB., SeuffBl. **10** 555. (S. BGB. § 1121 Ziff. 1.) Die möglichen Permutationen für das zeitliche Aufeinanderfolgen der drei für § 1121 als maßgebend erkannten Tatbestände sind folgende: 1. Veräußerung, Entfernung, Beschlagnahme; 2. Veräußerung, Beschlagnahme, Entfernung; 3. Beschlagnahme, Veräußerung, Entfernung; 4. Beschlagnahme, Entfernung, Veräußerung; 5. Entfernung, Veräußerung, Beschlagnahme; 6. Entfernung, Beschlagnahme, Veräußerung. Im Falle 1 und 5 ist die hypothekarische Haftung ohne Rücksicht auf guten Glauben erloschen; im Falle 2 und 3 bringt guter Glaube in Ansehung der Beschlagnahme beim Entfernungsakte die Hypothek zum Erlöschen, lediglich guter Glaube in Ansehung der Hypothek beim Veräußerungsakte nützt nichts. Im Falle 4 und 6 führt guter Glaube in Ansehung der Beschlagnahme in dem nach § 936 Abs. 2 BGB. maßgebenden Zeitpunkte des Veräußerungsgeschäfts zum hypothekfreien Erwerbe. Guter Glaube bezüglich des Bestandes der Hypothek nützt nichts. Aber die prozessuale Bedeutung der Beschlagnahme (§§ 20, 23, 55, 90) kann auf das materielle Gebiet des § 1121 BGB. zurückwirken. Es ergibt sich hierbei: A. Im Falle 1, 2 und

5 kann die jüngere Beschlagnahme gegen den Veräußerungsakt nicht wirken unbeschadet der nach obigem etwa fortdauernden hypothekarischen Haftung. § 20 Abs. 2 gilt nur, sofern nicht schon vor dem Wirksamwerden der Beschlagnahme die Veräußerung erfolgt ist. B. In den Fällen 3, 4, 6 ist zu unterscheiden: a) Liegt eine für den Hypothekgläubiger gültige Veräußerung nicht vor, weil die Beschlagnahme gegen den Erwerber gilt, so kommt § 1121 überhaupt nicht in Frage. b) Liegt dagegen auch dem Hypothekgläubiger gegenüber eine wirksame Veräußerung vor, so erlischt infolge gutgläubigen Erwerbes im Falle 4 und 6 mit der Hypothek zugleich die Beschlagnahme; im Falle 3 kann bei gutgläubigem Erwerbe sehr wohl die Beschlagnahme, nicht aber die Hypothek beseitigt sein, was für den Gläubiger gemäß § 1147 BGB. nicht ohne Wert ist.

3. Wirtschaftswidrige Verwaltung § 24. Eigentumsverzicht § 19 Ziff. 2. Verfügungen vor Beschlagnahme § 20 Ziff. 2, 4, 5. Eintragung der Eigentümerhypothek § 130 Ziff. 4. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14.

§ 24. *Eberhard, ZBlFG. **10** 677 (686). Wirtschaftswidrige Verwaltungshandlungen rechtsgeschäftlicher Art — insbesondere Miet- und Pachtverträge über das Grundstück — sind relativ, d. h. zugunsten des Beschlagnahmegläubigers unwirksam. Demnach gilt der wirtschaftswidrige Miet- oder Pachtvertrag z. Zt. der ZwV. als nicht vorhanden. Die Ungültigkeit des Vertrags ist gesetzliche Versteigerungsbedingung. Der Vertrag bindet also den Ersteher nicht. § 57 findet keine Anwendung, vielmehr kann der Ersteher sofortige Räumung vom Mieter oder Pächter verlangen. — Über die Wirtschaftswidrigkeit der Verwaltungshandlung entscheiden objektive Gesichtspunkte, nicht die konkrete Sachlage. Einen Schutz des guten Glaubens in Ansehung der Wirtschaftswidrigkeit der Verwaltungshandlung kennt das Gesetz nicht.

§ 25. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **10** 572. Mag auch mit der Besitzeinsetzung des Verwalters nach § 25 sich eine Beschlagnahme des Grundstücks gemäß § 137 StGB. vollziehen, so erfordert doch eine solche gerichtliche Anordnung einen Antrag des betreibenden Gläubigers, woran es hier, da der Antrag von einem bei der ZwV. damals unbeteiligten Hypothekengläubiger ausging, fehlte. Ob die Anordnung aus § 25 mit dem Zuschlag erlischt, braucht daher nicht untersucht zu werden. Jedenfalls ging die der Grundlage entbehrende Verwaltung nicht von selbst mit dem Zuschlag in eine gerichtliche Verwaltung des § 94 über. Diese ist eine ganz besondere selbständige Sicherungsmaßregel.

§ 26. Nicht anwendbar bei ZwVerw. gemäß einstweiliger Verfügung § 146 Ziff. 5.

§ 27. 1. Pignol, R. **10** 170. Wenn am letzten Tage der sechsmonatigen Frist für Fortsetzung einer einstweilen eingestellten ZwV. der Beitrittsantrag eines anderen Gläubigers eingeht und der Aufhebungsbeschluß für das beruhende Verfahren und die Beitrittszulassung an dem nämlichen Tage unterschrieben und an demselben Tage zugestellt werden, so wird doch die Zulassung des Beitritts schon mit der Unterzeichnung des Zulassungsbeschlusses wirksam geworden sein. Würde man der anderen Meinung folgen, die die Zustellung der Beitrittszulassung für maßgebend hält (vgl. JDR. **4** § 27 Ziff. 1), so müßte man genaue Zeitangaben in die Zustellungsurkunden aufnehmen lassen.

2. Gläubigerwechsel § 16 Ziff. 5. Einstellung auf Antrag nur eines Gläubigers § 30. Erinnerungen gegen Beitritt § 180 Ziff. 1. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14. Gläubiger und TV. § 180 Ziff. 14, 18. ElsLoth. Verbindungsbeschluß EG. § 13 Ziff. 1.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. **RG. 72** 355, JW. **10** 248/42, R. **10** Nr. 979. Zu einer Kleinbahn hatte Frau D. 0,3973 ha hergegeben, von der Gemeinde die vor der Enteignungs-

kommission vereinbarte Entschädigung erhalten, aber die Fläche nicht aufgelassen. Diese wurde mit ihrer Besitzung zwangsversteigert. Entgegen den Entscheidungen der Vorderrichter und trotz des § 5 des Preuß. G. über die Bahneinheiten und der §§ 25, 45, 46 PrEnteignG. wurde zwar nicht die Klage des Erstehers auf Einleitung des Enteignungsverfahrens für jene Fläche, wohl aber gemäß § 6 Abs. 2 G. über die Bahneinheiten seine Klage auf Leistung einer nach dem EnteignG. zu bemessenden Entschädigung gegenüber der Kleinbahn AG. für gerechtfertigt erachtet. Der Mangel guten Glaubens konnte gegen den Ersteher nicht geltend gemacht werden.

2. **RG.** BayRpflZ. **11** 26, WarnE. **10** 505. Die A. hatte die auf ihrem Grundstücke für sie stehende Grundschuld dem B. verpfändet, das Grundstück sodann an C. und D. verkauft, demnächst aber Vormerkung eines Veräußerungsverbots und Urteil auf Nichtigkeit des Kaufvertrags erwirkt. Die Käufer C. und D. hatten den Pfandgläubiger B. bezahlt und betrieben auf Grund der so (nach § 1143 BGB.) erworbenen Grundschuld die ZwV. des Grundstücks gegen die A., deren Widerspruchsklage wurde gemäß §§ 771, 772 ZPO. nicht als begründet erachtet.

3. BadNotZ. **10** 50 (Notariat Heidelberg II). Die ZwV. aus einer Sicherungshypothek muß aufgehoben werden, wenn es sich herausstellt, daß die Hypothek allein von einem Vorerben ohne Mitwirkung der Nacherben bestellt worden ist. Die Mitwirkung der Nacherben fehlt, sofern ein Testamentsvollstrecker die Hypothek bestellt hat, dann, wenn dessen Berufung nur allgemein und nicht besonders zur Vertretung der Nacherben im Sinne des BGB. § 2222 geschehen ist.

4. OLG. **21** 173 (KG.). Die Schenkung des Grundstücks an B. war vom Gläubiger A. des Schenkers erfolgreich angefochten worden. Unterdessen betrieb der Hypothekgläubiger C. die ZwV., in der B. selbst Ersteher wurde. Nun ließ A. neue ZwV. einleiten. Die von B. auf Grund des § 28 hiergegen erhobene Beschwerde war zurückzuweisen, weil die obligatorische Rückgewährpflicht nach § 7 AnfG. durch den Zuschlag an B. nicht erloschen ist.

5. ZwV. gegen Gesellschaften des BGB. § 16 Ziff. 8. Eigentumsverzicht kein Einstellungsgrund § 19 Ziff. 2. Eigentumsveränderung § 19 Ziff. 4. Konkursanfechtung § 20 Ziff. 1. Auflassungsvormerkung § 92 Ziff. 1. ZwVerw. auf Grund einstweiliger Verfügung § 146 Ziff 5. Eigenbesitz § 172 Ziff. 1. Hindernis der Wiederversteigerung § 133 Ziff. 1. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14.

§ 29. Teilweise Aufhebung § 23 Ziff. 1. Keine Zurücknahmepflicht bei Teilzahlung § 44 Ziff. 2. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14.

§ 30. Th. Wolff, Streitfragen aus dem Rechte der ZwV. und ZwVerw., R. **10** 654. Der Gläubiger, welcher die Einstellung bewilligt, hat im Verfahren, wenn oder sobald dasselbe auf Betreiben eines anderen Gläubigers fortgesetzt wird, alle Rechte (z. B. nach §§ 45, 64, 68 Abs. 3, 97, 155), die er ohne die Einstellungsbewilligung haben würde.

§ 31. Beitritt in letzter Stunde § 27 Ziff. 1. Fortsetzungsbeschluß des Notars EG. § 13 Ziff. 1.

§ 32. 1. **RG.** WarnE. **10** 42. Nach §§ 208, 209, 166 ZPO. 3 ff. 32 ZVG. genügt bloße Verkündung des Einstellungsbeschlusses nicht, er muß (insbesondere auch dem Schuldner) zugestellt werden.

2. Wirkungen der Aufhebung § 20 Ziff. 1.

§ 33. Beschwerde § 83 Ziff. 1.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 37. 1. SeuffA. **65** 120, HessRspr. **11** 20, R. **10** Nr. 1645 (Darmstadt). Ein Bürge, der eine eingetragene Kredithypothek durch Bezahlung des Gläubigers übernimmt, braucht sein Recht nicht besonders anzumelden. (S. § 110 Ziff. 2!)

2. OLG. **20** 377, HansGZ. **10** Beibl. 37, R. **10** Nr. 2690 (Hamburg). Der Eigentümer mitversteigerten Schiffszubehörs kann Herausgabe des Erlösteils verlangen, der dem Verhältnis des Wertes der mitveräußerten fremden Gegenstände zu dem des ganzen Versteigerungsgegenstandes entspricht. Den unmöglichen Beweis dafür, daß die Mitversteigerung der Sachen den Erlös erhöht habe, kann das Gesetz nicht gewollt haben.

3. **RG.** R. **10** Nr. 2972. Die Einrede der Arglist ist begründet, wenn der Kläger im ZwVTermin erklärt, die von ihm bisher als Eigentum beanspruchten Hölzer könnten mitversteigert werden, er erhebe keinen Anspruch auf sie, wenn er aber dann später Schadensersatzansprüche geltend macht.

4. BuschsZ. **40** 115 (LG. Leipzig). Gegen Mobiliarvollstreckung in Zubehörstücke eines Grundstücks konnte der Hypothekgläubiger nach §§ 771, 865 Abs. 2 ZPO. klagen. Hieran hat sich auch dadurch nichts geändert, daß inzwischen die Hypothek infolge ZwV. gelöscht ist. Denn die ZwV. in jene Sachen wurde nur vorläufig eingestellt, sie haften für die Hypothek fort. Vorteilhafte Erstehung des Grundstücks durch den Hypothekgläubiger gibt dem Beklagten keine Einrede. Die Forderung des ersteren ist dadurch nicht getilgt.

5. DJZ. **10** 1472 (Karlsruhe). Der auf die mitversteigerten beweglichen (einem anderen gehörigen) Sachen entfallende Erlös ist nach dem Verhältnisse zu berechnen, in dem ihr Wert zum Werte des (sonstigen) Grundstücks steht.

6. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcivPr. **105** 400. Beim Eingriffe durch ZwV. steht nach § 37 Ziff. 5 fest, daß der Eigentümer des veräußerten Grundstücks auch Eigentümer des Erlöses ist. Die Gesetzesstelle ist deshalb besonders bedeutungsvoll, weil sie die dingliche Surrogation nicht sowohl festsetzt, als etwas nach Zivilrecht selbstverständlich Eintretendes voraussetzt (417). Dadurch wird ein Anspruch nach § 951 BGB. möglich gemacht. Doch ist dieser Fall bei Verwertung fremder Grundstücke wenig praktisch, praktisch ist aber der, daß nach § 55 fremde Zubehörstücke versteigert worden sind; auch hier tritt dingliche Surrogation des Erlöses ein, und nach Abführung desselben an die Gläubiger ist ein Anspruch gegen diese aus § 951 BGB. gegeben. Ein Bereicherungsanspruch ist dies freilich nicht, wie man allgemein annimmt, weil wenigstens der persönliche Gläubiger seine Forderung verloren hat. So auch richtig Fromm (JDR. **7** § 37 Ziff. 14).

7. * Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung I 112. Die ZwV. umfaßt ein Aufgebotsverfahren zwecks Anmeldung von Ansprüchen.

8. Ausschreibungsform § 39. Auflassungsvormerkung § 92 Ziff. 1. Nicht angemeldeter Brandversicherungsbeitrag § 10 Ziff. 6. Anmeldung § 9 Ziff. 3. Verbindung von TV. und GläubigerZwV. § 180 Ziff. 18. Umfang der ZwV. s. im allg. §§ 20, 55, 90.

§ 38. Grundstücksaufgabe § 17 Ziff. 1.

§ 39. Reinhard, ZBlFG. **10** 628, empfiehlt der Kostenersparung wegen die Weglassung aller nicht unbedingt durch das Gesetz und die Sächsischen Ausführungsvorschriften (Sächs. Formular Nr. 574) angeordneten Mitteilungen aus den Ausschreibungen im Amtsblatt, insbesondere aber in Nichtamtsblättern. Z. B. hält er darin eine Wiederholung des § 42 überhaupt nicht, den Hinweis auf den Inhalt von § 37 Ziff. 4 und 5 ausführlich nur im Amtsblatte für geboten.

§ 41. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 965. Es besteht keine Pflicht des Gläubigers, den Bürgen von der ZwV. des Grundstücks, das mit einer gleichfalls der Sicherung des Gläubigers dienenden Hypothek belastet ist, zu benachrichtigen.

2. Bekanntgabe an den Briefhypothekar? § 9 Ziff. 2. Gläubigerwechsel § 16 Ziff. 5.

§ 42. Ausschreibungsform § 39.

§ 43. 1. Dorfmüller, BayRpflZ. **10** 154, 309, ist der Ansicht, daß bei bloßer Vertagung des unter Einhaltung der Frist des § 43 anberaumten Versteigerungs-

termins, wenn diese Vertagung z. B. wegen Notwendigkeit der Einzelversteigerung vieler Grundstücke und deren vorgängiger Schätzung erfolgt, gemäß §§ 228, 329 Abs. 3 ZPO. die wiederholte Einhaltung der sechswöchigen Frist nicht geboten sei. ➠ Hiergegen wendet sich Schneider das. 231, der die Bedeutung der „Öffentlichkeit" und der allgemeinen Beteiligung, sowie langer Fristen bei der ZwV. hervorhebt. Red. ⟵

2. Briefhypothekar an sich Nichtbeteiligter § 9 Ziff. 2.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. Reinhard, R. **10** 363, schließt sich nunmehr der von ihm früher nicht geteilten Ansicht, daß bei ZwVBetrieb auf Grund persönlichen Titels die Hypothek des Betreibenden immer in das geringste Gebot aufzunehmen sei, an mit dem Beifügen, daß durch Tilgung der persönlichen Forderung in der ZwV. die betreffende Hypothek in Eigentümerhypothek des ZwVSchuldners sich verwandle ➠ AM. LG. Paderborn, RheinNotZ. **10** 122. Red. ⟵

2. Bendix, Teilleistung des Bürgen usw., R. **10** 686. Der Gläubiger, dem der Bürge einen Teil der Forderung bezahlt hat und dem nun infolge Überganges dieses Teiles auf den Bürgen nach § 774 BGB. nur noch ein geminderter Anspruch zusteht, behält auch, soweit § 68 KO. nicht anwendbar, wegen des Restes alle Pfandrechte und Sicherheiten vorrechtlich, und ebenso alle mit der Forderung verknüpften wirtschaftlichen Vorteile. Er bleibt betreibender Gläubiger und ist zur Rücknahme des Versteigerungsantrags nicht verpflichtet, trotz teilweiser Befriedigung von dritter Seite, z. B. auf Grund des § 268 BGB. wegen der fälligen vollstreckbaren Rate seiner Rentenschuld, so daß in solchem Falle sein Anspruch aus der Rentenschuld nicht in das geringste Gebot einzubeziehen und ihm die im § 92 beregte Ablösungssumme auszubezahlen ist. S. BGB. 774 Ziff. 2.

3. Meiser, Zu § 881 BGB., ZBlFG. **10** 296 (319), führt im Anschluß an das unten § 115 Ziff. 20 Erwähnte aus: Die Feststellung des geringsten Gebots begegnet im Falle des § 881 Abs. 4 BGB. außerordentlichen Schwierigkeiten. Im allgemeinen sind die Rechte (A. das vorbehaltsbelastete, C. das vorbehaltsbegünstigte, B. das Zwischenrecht) in ihrer Reihenfolge anzuordnen und hiernach ist das geringste Gebot zu bestimmen, wobei willkürlich aber notgedrungen fingiert werden muß, daß alle drei Rechte durch den Wert des Gebots voll gedeckt würden. Nimmt der betreibende Gläubiger mehrere Ränge ein, wie es beim Recht A. und C. vorkommen kann, so sind die besonderen Regeln hierüber zu beachten.

4. BadRpr. **10** 247 (LG. Mannheim). Der betreibende Gläubiger besaß dinglichen Vollstreckungstitel für seine dritte Hypothek und persönlichen Vollstreckungstitel. Außerdem war für seine Forderung die erste Hypothek gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen. Es durften nur die der ersten Hypothek vorgehenden Rechte in das geringste Gebot aufgenommen werden, weil der als vollstreckbar erklärte Anspruch mit dem aus der gepfändeten I. Hypothek identisch ist. ➠ In einem Nachworte billigt Brugger diese nicht unbestrittene Ansicht. S. auch Ziff. 1. Red. ⟵

5. Vereitelung der Vorteile des geringsten Gebots § 148 Ziff. 2. Unrichtige Zahlen § 52 Ziff. 1. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14.

§ 45. 1. Langer, PrVerwBl. **31** 71. Auch Steueransprüche der Gemeinden müssen hinsichtlich des Bestehens des subjektiven Rechtes glaubhaft gemacht werden. Ihre Dinglichkeit muß der Richter selbst kennen.

2. Nichtaufnahme von Bauvorschüssen § 152 Ziff. 5. Einseitiger Einstellungsantrag § 30. Dienstbarkeit § 92 Ziff. 2.

§ 47. 1. *Sachs, JheringsJ. **58** 323 ff. Für die Feststellung des laufenden Betrags der Jahresleistungen bei Amortisationshypotheken sind Zinsen und Amortisationsbeiträge zu trennen. Als laufender Betrag der Zinsen ist der Betrag anzu-

sehen, der zur Verzinsung des jeweilig ausstehenden Restkapitals für die Zeit vom letzten Fälligkeitstermine vor der Beschlagnahme an bis zwei Wochen nach dem ZwVTermine notwendig ist, während der Teil der Annuität, der bei regelmäßiger Amortisation für das Jahr, in dem die Versteigerung stattfindet, als Tilgungsbeitrag zu gelten hatte, nur dann als laufender Betrag in das geringste Gebot aufzunehmen ist, wenn er vor diesem Tage fällig war. Andernfalls ist er an seinem normalen Fälligkeitstermine vom Ersteher zu entrichten (388).

2. S. hierzu weiter § 10 Ziff. 13, § 49 Ziff. 1!

§ 48. 1. Paulus, BayRpflZ. **10** 93, stellt fest, daß seit Grundbuchanlegung in Nürnberg die Vormerkungen von Bauforderungen nach §§ 648, 883, 885 BGB. der Zahl nach hinter den früheren Vormerkungen dieser Art (gemäß § 12 Ziff. 9 BayHypG., Art. 50 BayÜbergG.) weit zurückstehen, er findet einen Hauptgrund in der Erhöhung der Gebühren und fährt dann fort: Eine Schädigung der Bauunternehmer und wohl auch ein weiterer Grund für den auffallenden Rückgang der Vormerkungen liegt sicher darin, daß unter dem Hypothekenrechte die bedingte Hypothek des Bauunternehmers bei der ZwV. Berücksichtigung fand, während unter dem Grundbuchrechte noch ein Vollstreckungstitel und die Eintragung einer Sicherungshypothek notwendig ist.... Ob der Schutz der Bauunternehmer durch das Gesetz vom 1. 6. 09 ein wirksamer sein wird, mag dahingestellt bleiben. Gegen Einführung des Teiles II dieses Gesetzes, der die solide Bautätigkeit allzu sehr hemmt, die unsolide Gesetzesumgehung kaum unmöglich macht, haben sich schon verschiedene gewichtige Stimmen ausgesprochen.

2. Auflassungsvormerkung § 92 Ziff. 1. Veräußerungsverbot § 28 Ziff. 2. Vorkaufsrecht § 180 Ziff. 9.

§ 49. 1. * Sachs, IheringsJ. **58** 323 ff. Die Amortisationsbeiträge bei Amortisationshypotheken sind hier ausnahmsweise wie die übrigen im § 12 Nr. 2 erwähnten wiederkehrenden Leistungen zu behandeln, das heißt bar zu berichtigen.

2. S. hierzu auch § 10 Ziff. 13, § 47 Ziff. 1!

§ 50. Berücksichtigung der Zuzahlung beim Stempel EG. § 9 Ziff. 2.

§ 51. Mecklenburgisches Altenteilsultimat § 92 Ziff. 3.

§ 52. 1. OLG. **20** 377, R. **10** Nr. 2691 (Breslau). Der Ersteher zweier zusammen ausgebotenen Grundstücke, auf denen je eine nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibende Sicherungshypothek von je 350 M. eingetragen war, haftet dinglich (nicht persönlich) für die 700 M., auch wenn in den Versteigerungsbedingungen der Wert der Hypothek nur auf 350 M. angegeben war. Die Berücksichtigung der beiden Hypotheken als bestehenbleibend war genügend ausgedrückt, auf ziffermäßig richtige Einsetzung kam es nicht an. Anderes gilt für die persönliche Haftung des Erstehers nach § 52.

2. Zubehörforthaftung § 91 Ziff. 9. Brandversicherungsbeitrag § 10 Ziff. 6.

§ 53. 1. **RG.** JW. **11** 114, ZBlFG. **11** 591, R. **11** Nr. 390. Der betreibende Konkursverwalter selbst hatte das Grundstück unter Stehenbleiben der Hypotheken und gegen Bargebot von 20 000 M. erstanden. Bei der hierauf betriebenen neuen ZwV. fiel die Hypothekgläubigerin teilweise aus. Sie beanspruchte ihren Ausfall als Masseschuld, wurde aber in 3 Rechtszügen abgewiesen. Veräußerer ist nach §§ 53, 173 der persönlich haftende Vollstreckungsschuldner, hier der Gemeinschuldner, mit dem sein Konkursverwalter nicht identisch ist. Zwar können nach § 59 KO. persönliche Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners Masseschulden werden, ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Es fehlt dazu die nach § 53 ZVG. mit § 416 BGB. gebotene Mitteilung des vom Konkursverwalter vertretenen Gemeinschuldners an die Hypothekgläubigerin und deren Genehmigung der Schuldübernahme. Dem Konkursverwalter fehlte daran das Interesse. Sein bloßes Bieten und Erstehen konnte die Mitteilung nach § 416 aaO. nicht ersetzen.

2. Strohal, Schuldübernahme, JheringsJ. **57** 231 (485). (S. a. BGB. §§ 414—416). Bei der durch § 53 angeordneten entsprechenden Anwendung des § 416 BGB. sind zwei Fälle auseinanderzuhalten; a) im Falle des § 53 Abs. 1 Satz 1 „übernimmt der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek". Dies kann nur bedeuten, daß der Vertrag nach §§ 415, 416 BGB. hier durch die mit dem Zuschlag eingreifende Vorschrift des § 53 ersetzt wird. Der Altschuldner (Subhastat) befindet sich in derselben Lage, wie wenn er den Schuldübernahmevertrag mit dem Ersteher abgeschlossen hätte. Im übrigen ist § 416 BGB. anzuwenden. Die hiernach nötige Mitteilung ist, was zweifelhaft sein könnte, nicht vor Eintragung des Erstehers als Eigentümers zulässig. Kommt die Schuldübernahme nicht endgültig zustande, so entfällt die persönliche Haftung des Erstehers dem Gläubiger gegenüber und verbleibt es bei der persönlichen Haftung des Altschuldners. Doch ist der Ersteher dem Altschuldner gegenüber nach § 415 Abs. 3 BGB. zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. b) Ausnahmsweise gegenüber § 416 BGB. gilt das in § 53 Abs. 1 Bestimmte nach Abs. 2 das. auch für die neben Grund- und Rentenschulden im konkreten Falle vorhandene persönliche Schuld des Subhastaten. Billig ist das einschränkende Gebot der Anmeldung solcher persönlichen Schuld durch den Subhastaten. Im übrigen gilt das zu a Gesagte.

3. Wirkung der Schuldübernahme bei Gesamthypotheken § 91 Ziff. 7. Irrtümliche Zahlen § 52 Ziff. 1.

§ 55. 1. SeuffA. **65** 99, R. **10** Nr. 1572 (Rostock). Der Beklagte B. hat eine von ihm gelieferte und eingebaute Warmwasserheizanlage aus dem Grundstücke des ZwVSchuldners P. vor der Beschlagnahme entfernt. Die Klage des ausgefallenen Hypothekgläubigers A. gegen ihn war zwar insoweit abzuweisen, als sie Duldung der Zwangsvollstreckung in die Heizungsanlage verlangt, weil diese durch den Zuschlag in das Eigentum des Erstehers mitübergegangen ist. Aber die in zweiter Reihe erhobene Schadensersatzklage des A. gegen B. ist bei gegebenen Voraussetzungen des § 823 BGB. begründet, selbst dann, wenn P. die Beseitigung der Heizanlage genehmigt hatte. Durch Nichtbieten beging A. kein Mitverschulden nach § 254 BGB. nach Lage des Falles.

2. R. **10** Nr. 1974 (Stettin). Der Abzahlungsverkäufer, dessen Sache Zubehör des zwangsversteigerten Grundstücks geworden war, hat keinen Anspruch gegen den Ersteher, er mußte zu seinem Schutze sein Eigentum zum ZwVVerfahren anmelden. ➸ Er hat den Erlösanspruch des § 37 Ziff. 5. Red. ⟵

3. R. **10** Nr. 2061 (Stettin). Der Zuschlag entzieht das Eigentum am Zubehör auch dem, der sich als Käufer des Grundstücks zwar in dessen Besitz befindet und im Besitze des Zubehörs darauf, aber nur das letztere zu Eigentum übergeben erhielt, während die Auflassung noch unterblieb. Ein solcher „Rechtsnachfolger" in Sachen kann nicht anders behandelt werden, als der „neue Eigentümer".

4. OLG. **10** 383 (Rostock). Die allgemein, auch vom beklagten Ersteher, genehmigte Versteigerungsbedingung, daß die vom Kläger unter Eigentumsvorbehalt verkauften Maschinen von der ZwV. ausgeschossen sein sollen, ist im Zuschlage nicht erwähnt, daher für den Beklagten, der die Maschinen nicht herausgeben will, nicht maßgebend. Trotzdem kann er, weil die Maschinen keine Grundstücksbestandteile geworden sind, zwar als Nichtrechtsnachfolger nicht auf Vollstreckbarkeit des auf Grund des Maschinenkaufs gegen den Subhastaten erlassenen Herausgabeurteils, wohl aber unmittelbar auf Maschinenherausgabe verklagt werden.

5. **RG.** JW. **10** 841, R. **10** Nr. 3252. Der Vollstreckungsrichter hat die einstweilige Verfügung des AG., durch welche die Zwangsvollstreckung in den Motor vorläufig eingestellt worden war, mitgeteilt und dabei „betont", daß er von der ZwV. ausgeschlossen bleibe. Damit ist unzweideutig der Wille des Richters zum Ausdrucke gebracht, daß der Motor nicht mit versteigert werden sollte. Diese formlose Erklärung ge-

nügte. (Vgl. **RG. 70** 399). Auch das Bedenken, daß die einstweilige Verfügung des AG. nicht von der auf Grund ihres Eigentumsvorbehalts klagenden Verkäuferin, sondern von der Hypothekgläubigerin (gleichzeitig mit der einstweiligen Verfügung auf Verbleib des Motors auf dem Grundstück) erwirkt worden war, schlägt nicht durch. Ein besonderer Antrag der schon mit Urteil auf Herausgabe des Motors versehenen Klägerin nach §§ 771, 769 ZPO. war hier überflüssig. Ihrem Willen entsprach jedenfalls der zugunsten der Hypothekgläubigerin ergangene, noch zu Recht bestehende, Beschluß.

6. SächsRpflA. **10** 477 (Dresden). Kläger, als am 28. November 1907 eingetragener Hypothekgläubiger, und Beklagter auf Grund vorherigen Kaufes und Eigentumserwerbes an 3 auf dem Grundstücke befindlich gewesenen Maschinen streiten über den Versteigerungserlös dieser Maschinen. Er wurde dem Beklagten aus folgenden Gründen teilweise zugesprochen. Der Hypothek unterliegen nach § 1120 BGB. nur die zur Zeit der Hypothekeintragung noch dem Grundstückseigentümer gehörigen oder von ihm später hinzuerworbenen Zubehörstücke. Die Hypothek- und Beschlagnahmerechte dritter Personen kommen nach §§ 20, 23 ZVG. 1120, 135 BGB. dem Kläger nicht zugute. Was die Widerklage des Beklagten auf Erlösauszahlung anlangt, so sind die Maschinen nach §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 von der ZwV. ausgenommen, vom Grundstück entfernt und vom Gerichtsvollzieher versteigert, auch die Zwangsvollstreckung in sie rechtskräftig aufgehoben worden. Eine Klage aus § 771 kommt daher für den Beklagten nicht mehr in Frage, sondern nur eine sich nun auf den Erlös erstreckende Klage wegen Eingriffs in das Eigentum. Aber, da die Maschinenübereignung an den Beklagten nur zur Sicherheit erfolgt ist, verlangt er nunmehr nicht den ganzen Maschinenerlös. Über dessen Rest hat sich der Kläger mit dem Subhastaten auseinanderzusetzen.

7. OLG. **20** 413 (Naumburg). Sind A. und B. (alleinige) Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und zugleich (alleinige) Miteigentümer des Grundstücks, so haftet das aus Gesellschaftsmitteln für das Grundstück angeschaffte Zubehör den Hypothekgläubigern.

8. NaumburgAK. **10** 42, R. **10** Nr. 2637 (Naumburg). Der Hypothekgläubiger, der die Pfändung von Hühnern wegen ihrer Zubehöreigenschaft angefochten und (nicht ganz ordnungsmäßig) die Hinterlegung ihres Erlöses erwirkt hatte, konnte nach Ausfall seiner Hypothek diesen Erlös beanspruchen ohne Rücksicht auf einen gleichfalls zum Teil ausgefallenen vorgehenden Hypothekgläubiger, der untätig geblieben war.

9. SchlHolstAnz. **10** 276 (Kiel). Über die Erinnerungen eines Hypothekgläubigers gegen die Pfändung eines angeblich einen wesentlichen Grundstücksbestandteil bildenden Holzschuppens war auch dann sachlich zu entscheiden, als im Laufe des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens die Zwangsvollstreckung beendigt war.

10. WürttJ. **10** 135, R. **10** Nr. 2282 (Stuttgart). Der Eigentümer von Zubehörstücken, der die Rechtsbehelfe der §§ 37 Ziff. 5, 92 Abs. 1, 114, 115 versäumt hat, mag nach Mitversteigerung jener Sachen vielleicht noch die Bereicherungsklage gegen zum Zuge gekommene Hypothekengläubiger haben, gegen den Ersteher steht ihm ein solcher Anspruch keinesfalls zu.

11. HansGZ. **10** Beibl. 115 (Hamburg). Es kann auf sich beruhen, ob nach § 55 die Vermutung dafür spricht, daß auf dem Grundstücke befindliche Sachen Zubehöreigenschaft haben. Jedenfalls sprach bei dem bestrittenen Geldschranke die Vermutung dagegen.

12. **RG.** R. **10** Nr. 3713. Der Konkursverwalter, der vom Maschineneigentümer auf Schadensersatz belangt wird, weil er die Maschinen auf Betreiben eines Hypothekgläubigers zwangsversteigern ließ, hat den Einwand aus § 254 BGB., wenn der Eigentümer selbst die ZwV. hindern konnte.

13. Wirtschaftswidrige Verfügung § 23 Ziff. 1. Zubehörfortschaffung, einstweilige Verfügung § 91 Ziff. 9. Abs. 2 gilt nicht bei ZwVerw. § 146 Ziff. 3. Umfang der ZwV. im allg. s. auch §§ 20, 37, 90.

§ 57. 1. R. **10** Nr. 1715 (Hamburg). Dem Schadensersatzanspruche des vom Ersteher vorzeitig entsetzten Mieters kann der Vermieter (wegen seiner Vertragspflicht) nicht entgegenhalten, daß die ZwV. durch seine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt worden sei, er also das Unvermögen zur Leistung nicht zu vertreten habe.

2. OLG. **20** 194 (München). Durch Vertragsabschlüsse zwischen den Mietern und dem Ersteher können die Rechte des Mietzins-Pfändungsgläubigers nicht geschmälert werden. (§ 136 BGB.)

3. OLG. **20** 379, R. **10** Nr. 2692 (Kiel). Der Ersteher kann die Pfändung schon entstandener, erst künftig fällig werdender Mieten nicht durch Abschluß neuer Mietverträge beseitigen. Ebenso JDR. **7** § 57 Ziff. 6, aM. **6** § 57 Ziff. 1.

4. Levison, DJZ. **10** 1070, bespricht die dem künftigen Ersteher oft sehr nachteiligen Vorausverfügungen des Schuldners über die Mietzinsen des Grundstücks und gibt ein Urteil des LG. Düsseldorf v. 10. 12. 08 wieder, wonach auf Klage des Erstehers die von der Schuldnerin bei ihr drohender ZwV. getroffenen Vermietungsabmachungen dem beklagten Mieter und Untermieter gegenüber gemäß § 826 BGB. als unwirksam erklärt worden sind.

5. ElsLothJZ. **10** 197 (Colmar). Die Klage des Mieters gegen die frühere Miteigentümerin auf Feststellung des Fortbestandes des Mietvertrags war abzuweisen, weil die Beklagte die Voraussetzung des § 57, nämlich das Bestehen eines gültigen (von sämtlichen früheren Miteigentümern abgeschlossenen) Mietvertrags nachgewiesen hat und infolgedessen — gleichviel, ob TV. oder andere ZwV. vorliegt — der Ersteher in den Vertrag eingetreten und die Beklagte aus ihm nicht mehr verpflichtet ist.

6. RheinA. **107** 203 (Düsseldorf). Obwohl der Ersteher einen Teil der dem Mietzinszessionar nach § 573 BGB. zulässigerweise abgetretenen Mietzinsen mit Unrecht eingezogen hat, war die Bereicherungsklage des Mietzinszessionars gegen ihn abzuweisen. Denn auf Kosten des Klägers ist er nicht rechtlos bereichert, sondern auf Kosten der Mieter, die trotz Benachrichtigung von der Abtretung an den Ersteher zahlten und daher gemäß § 407 BGB. nochmals an den Mietzinszessionar zahlen müssen.

7. Schoch, BadNotZ. **10** 92. a) Die im Wege der ZwVerw. erfolgende Beschlagnahme der Mietzinsen ist nicht als Vorauspfändung im Sinne des § 573 BGB. anzusehen. b) Eine vorher ergangene Pfändung der Mietzinsen bleibt nach Aufhebung der ZwVerw. wirksam. S. Selbstbericht BGB. § 573 Ziff. 2.

8. BadRpr. **10** 197 (Karlsruhe). Die zweifelhafte Frage (vgl. SeuffA. **51** Nr. 236, **RG. 52** 138), ob eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des dinglichen Rechtes des Hypothekgläubigers auf die Mietzinsen des belasteten Grundstücks zulässig ist, muß bejaht werden.

9. FrankfRundsch. **10** 60 (Frankfurt). a) Hat der bisherige Eigentümer die Mietzinsforderung wirksam abgetreten und zahlt der Mieter gleichwohl demnächst an den Ersteher, so ist § 407 BGB. entsprechend anwendbar. Der Zessionar muß also — Abtretungskenntnis des Mieters ausgenommen — die Zahlung gegen sich gelten lassen und hat alsdann gegen den Ersteher einen Herausgabeanspruch nach § 816 BGB. b) Der Ersteher kann die Rechte aus Mietzinsabtretungen nicht durch Abschluß eines neuen Mietvertrags beseitigen. S. a. BGB. § 407 Ziff. 3.

10. OLG. **21** 108 (KG.). Da die gerichtliche Mietzinspfändung hier nach dem Zuschlag erfolgt ist, würde sie für sich allein nicht die Anwendung des § 573 Satz 1 BGB. rechtfertigen. Allein ihr ist noch vor dem Eigentumsübergang eine Vorpfändung nach § 845 ZPO. vorangegangen. Zwar hat in solchen Fällen das OLG. Dresden

angenommen, daß die Vorpfändung ihre Wirksamkeit verliere, aber dem kann nicht beigetreten werden. Die Vorpfändung ist eine bedingte Verfügung, die den rechtsgeschäftlichen des § 573 BGB. gleichsteht und trotz Zuschlags wirksam bleibt.

11. Unwirtschaftliche Vermietungen § 24. Haftung für Mieterlöschen § 91 Ziff. 4. Vorausverfügungen über Mieten §§ 146 Ziff. 2, 152 Ziff. 3. ZwVerw. läßt Mieten bestehen § 152 Ziff. 4. Streit über Mietzinsen § 152 Ziff. 7. Im allgemeinen s. auch § 148!

§ 58. 1. BayObLG. **10** 577, R. **10** 96. Eine Angabe des Wertes beweglicher Sachen, die erst nach der Unterschrift des Notars auf dem Zuschlagsverkündungsprotokolle beigefügt wird, ist unbeachtlich. Art. 188 BayGebG. (S. aber Ziff. 6!)

2. Kloß, SächsRpflA. **10** 57, bespricht in seiner Abhandlung über die Reichsstempelabgabe von Grundstücksübertragungen (§§ 78 ff. RStG. v. 15. Juli 09) unter anderem auch die bei der ZwV. in Betracht kommenden Stempelabgaben. Er bemerkt zu Bem. 4 der Tarifst. 11a: Man wird die ungenaue Ausdrucksweise des RStG. in Anlehnung an das PrStG. berichtigend dahin auslegen müssen, daß dem Meistgebote für die Stempelberechnung alle die Rechte hinzuzurechnen sind, die kraft Gesetzes oder nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben, soweit sie den Eigentümer zu Leistungen verpflichten; für Grunddienstbarkeiten trifft letzteres nicht zu. — Die Abhandlung bespricht weiter auch die Berechnung des Stempels in den Fällen, daß der Ersteher Realgläubiger war, daß Meistgebotsabtretung stattfand, daß TV. oder Vorkaufsrecht in Frage kommt. Sie nimmt (65) an, daß die Stempelpflichtigkeit nicht von der Rechtskraft des Zuschlags abhänge.

3. R. **10** 421 (KG.). Der Zuschlagsbeschluß im ZwVVerfahren unterliegt dem Preuß. Stempel aus TarifSt. 32 a auch dann, wenn der frühere Eigentümer des Grundstücks vor Einleitung der ZwV. das Eigentum rechtswirksam aufgegeben hat.

4. **RG. 72** 395, SeuffBl. **10** 507. Umsatzsteuer im weiteren Sinne begreift zwar häufig auch die Wertzuwachssteuer in sich, ist aber von dieser an sich verschieden. Wenn nach der örtlichen Steuerordnung die Umsatzsteuer dem Verkäufer auferlegt und bei freiwilliger Versteigerung nicht ausdrücklich auf den Ersteher überwälzt ist, bleibt sie dem ersteren. ➠ Wohl auch entsprechend auf ZwV. anwendbar, daher Vorsicht zu empfehlen. Red. ⟵

5. Wrzeszinski, DJZ. **10** 701. Die über die Begünstigung der meistbietenden Hypothekengläubiger in Ansehung des Preuß. Zuschlagstempels (TarifSt. 32 Abs. 2 Ziff. 2 der PrStGNov. v. 1809) entstandenen Zweifel sind dahin zu lösen, daß nur die zur Zeit der Einleitung der ZwV. bestehende Hypothek oder Grundschuld für die Stempelberechnung maßgebend ist und daß dieser Berechnungsstand durch spätere Ereignisse, sei es Verringerung des Hypothekenbesitzes, sei es Neuerwerb von Hypotheken, nicht berührt werden kann, sondern die unverrückbare Grundlage für die Stempelberechnung bleiben muß.

6. Dennler, Die bayer. GebNov. v. 29. 4. 10, SeufflBl. **10** 501. Für die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot wird in Bayern jetzt ebenfalls die Immobiliargebühr erhoben; ebenso für die Erklärung, für einen Dritten geboten zu haben. Im Interesse des Erstehers besteht aber eine Ausnahme für den Fall, daß diese Erklärungen im ZwVTermine selbst abgegeben wurden. Eine weitere Ausnahme ist zugunsten des ausbietenden Realgläubigers gegeben. In beiden Fällen beträgt die Fixgebühr nur 1 M. — Im Falle des Zuschlags an den bisherigen Eigentümer wird aus dem Grunde, daß sich sein Eigentum jedenfalls ändert, eine Immobiliargebühr von 1 v. H. erhoben. — Bei Nichtausscheidung des Mobiliarwerts im Protokolle darf ihn der Ersteher noch binnen 14 Tagen nach dem Zuschlage nachweisen.

7. BayObLG. **11** 232. Die Gebührenermäßigung des BayGebGes. Art. 146 Abs. 1 Nr. 1a (bei Veräußerungen an Verwandte) greift auch bei freiwilligen und zwangsweisen Versteigerungen (in denen ein Kind der Schuldner Ersteher wird

Platz, wenn sie vom Konkursverwalter im Konkurse der Eltern, als Schuldner, betrieben werden.

8. KGJ. **38** B. 76. Die in Tarifstelle 32 Abs. 2 des PrStStG. für Verträge zwischen Aszendenten und Deszendenten gewährte Stempelbefreiung erstreckt sich nicht auf Zuschlagsbescheide, durch welche ein Grundstück einem Deszendenten des bisherigen Eigentümers zugeschlagen wird. Ebenso KG. in OLG. **21** 148. ➸ S. dagegen über Gebühren § 180 Ziff. 12. Red. ⟵

9. PrOVG. **55** 113. a) Bestimmt eine städtische Umsatzsteuerordnung, daß bei einer Auflassung nach inmitteliegenden mehreren Veräußerungsgeschäften die Erwerbspreise zusammengerechnet werden, so findet dies bei Zuschlag nach Meistgebotsabtretung keine Anwendung. b) Die Befreiung der an der ZwV. beteiligten, das Grundstück erstehenden Bürgen für eine Sicherungshypothek tritt nur dann ein, wenn eine mit Verlust bedrohte Forderung der Sicherungshypothek zugrunde liegt. ➸ Vgl. OVG. im PrVerwBl. **31** 63 für Meistgebotsabtretung und S. 719 daselbst über Höhe der Umsatzsteuer und Hinzurechnung übernommener Leistungen! Red. ⟵

10. BraunschwZ. **10** Beil. 5 (BraunschwVerwG.). a) Die zugelassene Ermäßigung der Gemeindeveränderungssteuer kommt dem Ersteher auch dann zu, wenn die Briefhypothek auf dem Grundstücke zwar nicht auf ihn überschrieben war, er aber deren nach § 1154 BGB. erfolgten Übergang auf ihn nachweisen kann. b) Ob er die Hypothek lediglich behufs Erlangung des Steuerprivilegs erworben hat, ist bedeutungslos, ebenso das Erlöschen oder Nichterlöschen der Hypothek durch den Zuschlag. Dagegen ist der Steuer der mit dem Meistgebote nicht immer übereinstimmende gemeine Wert des Grundstücks zugrunde zu legen. ➸ Ähnlich wie a für das bad. VerkStG. Schilling in BadNotZ. **10** 197. Red. ⟵

11. BraunschwZ. **10** Beil. 7 (BraunschwVerwG.) Der bisherige Miteigentümer als Ersteher muß die Gemeindeveränderungssteuer aus dem vollen Werte zahlen.

12. Rühl, PrVerwBl. **31** 180, bespricht die Erhebung der Umsatzsteuer in der ZwV. und weist darauf hin, daß sie nach der Mustersteuerordnung und einzelnen städtischen Steuerordnungen wegen zu niedriger Erlöse und der Begünstigung bietender Hypothekgläubiger viel niedrigere Erträge in der ZwV. liefere, als bei freiwilligen Veräußerungen. Z. B. wurde ein für die Gerichtskosten auf 2 500 000 M. veranschlagtes Bergwerk infolge Bietungsvereinbarung für 42 400 M. zugeschlagen. ➸ Vgl. auch U. OVG. in PrVerwBl. **31** 276, wonach bei einem (nicht gerichtlich übernommenen) Hypothekenbetrage von 59 000 M. die Steuer 85 Pf. betrug. Red. ⟵

13. PrVerwBl. **31** 759. Auch der Nießbraucher einer Hypothek genießt (im Zweifel?) das Umsatzsteuerprivileg in der ZwV.

14. PrVerwBl. **31** 178 (OVG.). Läßt eine Steuerordnung den das Nachlaßgrundstück übernehmenden Miterben von der Grunderwerbs-(Umsatz-)Steuer frei, so gilt dies auch bei TV.

15. Reichsstempel § 130 Ziff. 2. Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 1. Gebühren für TV. § 180 Ziff. 5. Pr. Gebühren bei Altenteilen EG. § 9 Ziff. 2. Bad. Brandversicherung § 10 Ziff. 6. Pr. Kreisumsatzsteuer § 10 Ziff. 8. Hess. Stempel § 93 Ziff. 1.

§ 63. Beschwerde wegen unterlassenen Einzelausgebots § 80. Haftung des bietenden Stellvertreters? § 112. S. auch § 64!

§ 64. 1. Apt, Servituten bei Anteilsubhastationen, KGBl. **10** 84. Soweit die Dienstbarkeit hierbei ins geringste Gebot fällt, ist die Sache einfach. Anderenfalls können die auf Hypotheken bei AnteilsZwV. entsprechend anzuwendenden §§ 63, 64, 112 für Grunddienstbarkeiten nicht Platz greifen. Undenkbar scheint es, 1. daß die außerhalb des geringsten Gebots fallende Dienstbarkeit auf dem Anteil und damit auf dem Ganzen ohne weiteres erlischt, ebenso undenkbar aber 2., daß sie zur Schädigung aller ihr vorgehenden Rechte unbedingt bestehen bleibt. Man könnte 3. die Löschung der Dienstbarkeit auf dem zwangsversteigerten Anteile bei Fortbestand der Aus-

übungsbefugnis oder 4. Fortbestand der Dienstbarkeit auf dem Anteile bei gleichzeitigem Verbietungsrechte des Erstehers (servitus dormiens) vorschlagen. Trotz aller Bedenken wird der Weg 1 (das gänzliche Erlöschen der Servitut) vorzuziehen sein. Die damit für den Dienstbarkeitsberechtigten bei nicht für ihn ausreichendem Erlöse verbundenen, übrigens in ähnlichen Fällen auch nicht vermeidbaren, Nachteile kann er tunlichst mittels Hypothekablösung nach § 268 BGB. oder durch Erwirkung einer das Bestehenbleiben seines Rechtes bestimmenden Versteigerungsbedingung beseitigen. (Vgl. § 1 Ziff. 1!)

2. Ehrenzweig, KGBl. **10** 120, schließt sich unter Hinweis auf die gleiche Streitfrage nach österreichischem Rechte der vorstehenden Ansicht Apts über Erlöschen der ganzen Servitut an.

3. ElsLothJZ. **10** 568 (Colmar). Die Beschwerde über unterlassene Verteilung der Gesamthypothek nach § 64 Abs. 1 scheitert daran, daß der notwendige Antrag auf solche Verteilung laut der Akten niemals gestellt worden ist, was der Beschwerdeführer selbst nicht bestreitet.

4. Grundstücksanteile § 16 Ziff. 1, 3. Terminsverlegung § 43 Ziff. 1. Künstliche Erhöhung des Einzelgebots § 112. ZwV. in getrenntem Verfahren § 91 Ziff. 7. Irrtum § 52 Ziff. 1. Einseitiger Einstellungsantrag § 30.

§ 65. Forthaftung von Zubehör § 37 Ziff. 4.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. ➵ **RG.** 29. 1. 10. Es ist möglich, daß der Hypothekzedent die ihm von seinem Zedenten geleistete Ausbietungsgarantie zurückbehält und sie später nach Rückerwerb der Hypothek auf einen neuen Zessionar überträgt. § 401 BGB. steht nicht entgegen. Red. ⬸

2. **RG.** JW. **10** 332, R. **10** Nr. 3317. Auch wenn der Anwalt erst am Tage vor der ZwV. Vertretungsvollmacht annimmt, kann er durch Nichteinsicht der Akten ein Verschulden begehen. (Vgl. JDR. **7** § 66 Ziff. 3.)

3. Hagen, SächsRpflA. **10** 110, bespricht in seinen „Beiträgen zur Lehre von den guten Sitten" Urteile des LG. Aurich und OLG. Dresden, worin in Einzelfällen Verträge über Nichtbieten für nichtig erklärt wurden, und ist der Meinung, daß das pactum de non licitando zwar nicht immer, wohl aber aus besonderen, auch rechtlich beachtlichen Gründen, namentlich wegen Verletzung des Vertrauensverhältnisses zu denen, in deren Interesse die Versteigerung erfolgt, wider die guten Sitten verstoße. (S. Ziff. 10!)

4. **RG.** JW. **10** 576. Wird eine Hypothek auf einem im ZwV. befangenen Grundstück als „Darlehen" im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. gegeben, so bedeutet dies nicht ohne weiteres, daß erst der auf jene Hypothek treffende Erlösanteil als Darlehnsvaluta zu gelten habe. Der Darlehnsempfänger ist beweispflichtig dafür, daß dies vereinbart war und daß der Darlehnsgeber die Hypothek auszubieten hatte.

5. **RG.** SeuffA. **65** 155, BankA. **9** 367. Die beklagte Bank, der Klägers Hypotheken verpfändet waren, brauchte sie nach Lage des Falles in der ZwV. nicht auszubieten, sondern durfte es dem Kläger und dessen Angehörigen sowie dem zur Fürsorge für die Konkursmasse des Klägers berufenen Konkursverwalter und Gläubigerausschuß überlassen, selbst Gebote abzugeben oder andere zu Geboten zu veranlassen. **RG.** **59** 190, **69** 277 stehen nicht entgegen. ➵ Zustimmend Meyerowitz, PosMSchr. **10** 140. Red. ⬸

6. OLG. **20** 48 (KG.). Der vorliegende Vertrag über Verhalten gegenüber einem Wettbewerbsausschreiben konnte als wider die guten Sitten verstoßend nicht erachtet werden. ➵ Kiel und München OLG. **20** 49 f. erklärten die ihnen vorliegenden sog. Kapruschen für widersittlich. Solche Verträge haben Ähnlichkeit mit den zum Abhalten vom Bieten geschlossenen. Red. ⬸

7. ➛ RG. 24. 9. 10. Zur Sanierung der A. gab Bank B. 300 000 M. auf zweite Hypothek, die der an der Sanierung gleichfalls beteiligte C. in notarieller Urkunde auszubieten versprach. Er wurde, nachdem B. selbst Ersteherin geworden, zur Zahlung des Restguthabens der B. verurteilt und mit seinem Hinweis auf dritte allerdings auch beteiligte, aber in der Urkunde nicht erwähnte, Interzedenten nicht gehört Red. ⟵

8. SächsOLG. **31** 352, R. **10** Nr. 3703. Die Vereinbarung zwischen einem Mitgliede des zur Vermeidung des Konkurses und bestmöglichen Verwertung der Masse gewählten Gläubigerausschusses und einem Bieter, daß ersterer gegen Zahlung von 3000 M. in der öffentlichen Versteigerung des Massegrundstücks nicht weiter mitbiete, ist (nach § 138 BGB.) nichtig.

9. Gärtner, BadNotZ. **10** 108. Die Verhandlungen vor dem Vollstreckungsgerichte nach dem ZVG. sind, abgesehen von dem Versteigerungstermin, insbesondere vor dem badischen Vollstreckungsnotariat nicht öffentlich.

10. Dick, Verstoß gegen die guten Sitten, ABürgR. **33** 74, rechnet die Verträge über Abstand vom Bieten S. 104, 128, 132 unter die relativ moralwidrigen Geschäfte, die nur bei besonderer Sachlage verwerflich seien. Er bezieht sich dabei im wesentlichen nur auf die Rechtsprechung des RG.

11. SchlHolstAnz. **10** 122 (Kiel). Der Vertrag, wodurch mit einem Mitgliede des Gläubigerausschusses vereinbart wird, daß behufs günstigen Erwerbes eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks der eine Vertragschließende gegen Zahlung einer Abstandssumme sich des Bietens auf das Grundstück enthalten solle, verstößt wider die guten Sitten und ist daher nichtig.

12. Pacta de licitando et non licitando §§ 81 Ziff. 2, 91 Ziff. 6, 13. Keine Beschwerde deswegen § 96 Ziff. 1. Wesen der ZwV. § 90 Ziff. 6, 16. Irrtum des Richters §§ 52 Ziff. 1, 115 Ziff. 21. Keine Ausbietungspflicht § 20 Ziff. 2 aE. Geringe Erlöse s. § 85.

§ 68. Bei einseitigem Einstellungsantrage § 30. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14.

§ 71. RheinA. **107** 178 (LG. Düsseldorf). a) Dem Bieter, der das Letztgebot in seiner Höhe nur deshalb abgegeben hat, weil ein anderer ihn (zuvor) überboten hatte, ist das zwangsversteigerte Grundstück für das letzte Gebot zuzuschlagen, auch wenn der andere auf das Grundstück nicht hat bieten wollen (sondern auf ein anderes gleichzeitig zu besonderer Versteigerung stehendes). Der ZwVRichter hat nur unter besonderen Umständen die Fragepflicht, auf welches Grundstück sich ein Gebot beziehe. Selbst wenn aber eine Unterlassung des Richters bei Prüfung der Gebote feststände, würde nicht ein wesentlicher, die Beschwerde nach § 83 rechtfertigender Mangel des Verfahrens vorliegen. Folgt ein zugelassenes unwidersprochenes Übergebot auf ein unwirksames, aber nicht zurückgewiesenes Gebot, so verliert letzteres jede prozessuale Bedeutung. Nur wenn es (wegen Nichtzulassung des Übergebots) prozessual in Kraft bleibt, kann es bei der Entscheidung über den Zuschlag geprüft werden und zur Versagung des Zuschlags führen. b) Dadurch, daß die Vorgebote des anderen irrtümlich waren, wurde das Letztgebot des Meistbietenden nicht berührt. Dessen eigener Irrtum war nur ein nach § 119 BGB. nicht zu beachtender Irrtum im Beweggrunde.

§ 72. 1. KGBl. **10** 35, R. **10** Nr. 1290 (KG.). Die Bestimmung des Abs. 2 ist analog auf den Fall anzuwenden, daß ein Versteigerungsrichter ein infolge Anfechtung wegen Irrtums nichtig gewordenes Gebot nicht ausdrücklich gemäß § 71 Abs. 1 zurückgewiesen, sondern es als gar nicht vorhanden angesehen hat. Auch dann muß sofort Widerspruch erhoben werden. (Weiteren Inhalt dieses Beschlusses s. § 80 Ziff. 1!)

2. Beispiel § 71.

§ 73. 1. ZBlFG. **11** 164 (Dresden). Das gleichzeitige Abhalten mehrerer ZwV. durch denselben Richter und Gerichtsschreiber ist nicht unzulässig. Nur muß die Möglichkeit zur Abgabe von Geboten während einer ganzen Stunde gewahrt sein. Anzuerkennen ist daher, daß, wenn in einem Termine das im Gange befindliche ZwVGeschäft unterbrochen wird, um ein Gebot, das in einem anderen Termin abgegeben werden soll, entgegenzunehmen, die Dauer der Unterbrechung nicht in die für den unterbrochenen Termin laufende Frist einzurechnen ist. AM. Reinhard, Kretzschmar, die gegen gleichzeitige ZwV. sind.

2. Begriff des Schlusses der Versteigerung § 81 Ziff. 5.

§ 78. Protokollberichtigung § 80 Ziff. 1.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 79. 1. Grofebert, R. **10** 474. Ein anderer als der die Versteigerung eines Grundstücks leitende Richter kann den noch im Versteigerungstermine zu verkündenden Beschluß über den Zuschlag nicht fassen. Gedacht ist hierbei an die Übung, daß ein Referendar als Richter kraft Auftrags den ZwVTermin abhält und den Termin mit der Verkündung des nicht von ihm, sondern vom Amtsrichter unterzeichneten Zuschlagsbeschlusses schließt. Dies ist unstatthaft und dasselbe gilt, wenn im Verkündungstermine (§ 87) die erneute Anhörung der anwesenden Beteiligten erforderlich wird. Ist dies nicht der Fall, so steht nichts im Wege, daß an Stelle des Richters, der den ZwVTermin abgehalten hat, im Verkündungstermin ein anderer, durch die Akten unterrichteter Richter tritt.

2. Irrtümliche Gebote § 71.

§ 80. 1. OLG. **20** 379, KGBl. **10** 35, R. **10** Nr. 1291, 2693 (KG.). Falls den Urkundspersonen bei der Abfassung des Protokolls ein Versehen mit unterlaufen ist, haben sie die Befugnis, offenbare Unrichtigkeiten richtig zu stellen. Diese Berichtigung wird Bestandteil des Protokolls und ist beim Zuschlage zu berücksichtigen. Ist durch sie ein Gebot als irrtümliches festgestellt und dadurch stillschweigend zurückgewiesen worden, so wäre nach dem entsprechend anzuwendenden § 72 Abs. 2 sofortiger Widerspruch erforderlich gewesen. ➻ Auch Dresden, daselbst Anm., hält den § 319 ZPO. für anwendbar. Den weiteren Inhalt des Beschl. des KG. s. § 72 Ziff. 1! Red. ⟵

2. ElsLothJZ. **10** 568 (Colmar). Auf Erhebung des Zeugenbeweises darüber, daß keine Einzelausgebote nach § 63 erfolgt seien, kommt es nach dem auch für das Beschwerdeverfahren allein maßgebendem Protokolle, wonach Einzelausgebote erfolglos stattgefunden haben, nicht an.

§ 81. 1. R. **10** 387 (KG.). a) Eine Stempelermäßigung nach Tarifst. 32 Abs. 9 Ziff. 1 PrStG. tritt im Falle der Meistgebotsabtretung nur dann ein, wenn diese noch im ZwVTermine selbst, nicht aber, wenn sie erst nach dessen Schluß, aber bis zur Zuschlagsverkündung erfolgt. b) Auch bei nicht völliger Deckung des meistbietenden Realgläubigers tritt die Stempelermäßigung der Ziff. 2 das. ein. c) Die Beurkundung solcher Abtretung unterliegt im Falle jener Ziff. 2 auch dann nur dem Feststempel von 3 M., wenn der erste Zessionar die Rechte vor Erteilung des Zuschlags an einen anderen weiter abtritt. (S. Ziff. 6!)

2. ➻ **RG.** 21. 5. 10. Ein Vertrag, wodurch Hypothekengläubiger nach ZwV., aber vor dem Zuschlag ihre Hypotheken an den Meistgebotszessionar abgetreten, aber ihre persönlichen Forderungen gegen den Subhastaten, wofür die Hypotheken bestanden, zurückbehalten hatten, war als gegen § 1153 Abs. 2 BGB. verstoßend für nichtig und unklagbar zu erklären. Red. ⟵

3. OLG. **20** 381, SeuffA. **65** 297, SchlHolstAnz. **10** 18, R. **10** Nr. 2694 (Kiel). Die Gesamthaftung des Meistbietenden neben dem Ersteher nach § 81 Abs. 4 beschränkt sich auf die Erfüllung des Meistgebots. Sie bleibt nicht so lange be-

stehen, wie die Beziehungen zwischen dem Beteiligten und dem Ersteher dauern, und umfaßt insbesondere die dem Ersteher als Eigentümer obliegenden persönlichen Leistungen aus § 1108 BGB. (nach Zuschlag fällig gewordenen Altenteilsreichnisse) nicht.

4. *Lesser, Verwechselung des Bargebots mit dem Meistgebot unter besonderer Berücksichtigung des § 81 Abs. 2, PosMSchr. **10** 61. Verwechselung des Bargebots mit dem Meistgebote bedeutet einen Irrtum im Sinne des § 119 BGB. Da die Willenserklärung gegenüber dem ZwVGericht abgegeben ist, hat die Anfechtung diesem gegenüber zu erfolgen, und zwar unverzüglich durch formlose Erklärung. Erfolgt sie vor Erteilung des Zuschlags, so ist dieser zu versagen. Erfolgt sie nachher, so ist der Zuschlagsbeschluß wieder aufzuheben, falls die Frist für die sofortige Beschwerde noch nicht abgelaufen ist und eine solche Beschwerde von einem Beschwerdeberechtigten eingelegt wird. Die Anfechtung selbst braucht noch nicht in Beschwerdeform zu geschehen. Nach Ablauf der Beschwerdefrist ist das Verfahren unheilbar. — Im Falle des § 81 Abs. 2 hat der andere, falls er das Bargebot mit dem Meistgebote verwechselt, ebenfalls ein Anfechtungsrecht gegenüber dem Vollstreckungsgerichte. Denn auch er hat diesem Gerichte gegenüber eine Willenserklärung abgegeben, bezüglich deren er sich in einem Irrtum im Sinne des § 119 BGB. befindet. Die Rechtsstellung des anderen und des Meistbietenden stehen miteinander in einem begrifflichen Zusammenhange. Wird die eine infolge einer Anfechtung bzw. einer darauf gestützten Beschwerde hinfällig, so hat die andere dasselbe Schicksal. Das Innenverhältnis zwischen dem anderen und dem Meistbietenden, also auch eine im Innenverhältnis erfolgte Anfechtung geht das Vollstreckungsgericht nichts an. (Anders das KG. in einer OLG. **14** 203 teilw. abgedruckten Entsch.) Übrigens ist der Vertrag zwischen dem anderen und dem Meistbietenden, wenn beide das Meistgebot mit dem Bargebote verwechseln, nicht anfechtbar, sondern nichtig, weil er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist.

5. ElsLothNotZ. **10** 150 (Colmar). Wenn in dem ZwVProtokolle, nachdem das Meistgebot und der Schluß der Verhandlung verkündet ist, der Meistbietende erklärt hat, für einen anderen geboten zu haben, so ist die Bürgschaftsabgabe nach Verkehrs-Steuergesetz § 35 geschuldet. Der „Schluß der Versteigerung" deckt sich nicht mit dem Schlusse der Verhandlung im Versteigerungstermine.

6. RheinARV. **10** 49 (LG. Cöln). Voraussetzung für die Stempelermäßigung der Tarifstelle 32 Abs. 2 PrStG. ist die Erklärung im ZwVTermin, für einen anderen geboten zu haben. Sofortige Beibringung des Nachweises der Vertretungsbefugnis ist nicht nötig. (S. Ziff. 1.)

7. Reichsstempel § 58 Ziff. 2 Bay. Gebühr § 58 Ziff. 6. Umsatzsteuer § 58 Ziff. 9. Richterwechsel § 79 Ziff. 1. Irrtum des Richters § 115 Ziff. 21. Freiwerden des Meistgebotszedenten § 128 Ziff. 2. Vollmacht § 15 Ziff. 1.

§ 82. Inhalt des Zuschlagsbeschlusses § 90 Ziff. 1, 8. Haftung des Meistgebotszedenten § 81 Ziff. 3.

§ 83. 1. SächsOLG. **30** 339, R. **10** Nr. 978. Der Beschluß auf Versagung des Zuschlags kann nicht mit der Einwendung nach § 766 ZPO., sondern nur mit der sofortigen Beschwerde nach § 96 angefochten werden.

2. *Hirsch aaO. I 348. Den Zuschlagsversagungsgründen entsprechen beim Pfandverkaufe die (fehlenden?) Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit.

3. Bietirrtum § 71. Unterlassenes Einzelausgebot § 80 Ziff. 2. Unterlassene Verteilung § 64 Ziff. 3. Keine Beschwerde wegen pactum de non licitando § 96 Ziff. 1.

§ 85. 1. ➻ **RG.** 19. 1. 10. Das KG. erklärt (in seinem Urteile v. 25. 3. 09), daß dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen des Ausfalls seiner (ihm von der Beklagten angepriesenen) Hypothek nur insoweit zustehe, als der Schaden nicht durch den Vorteil aus der Selbstersteigerung des Grundstücks durch den Kläger ausgeglichen

wird. Diese der Revisionsklägerin (Beklagten) günstige Auffassung ist hier nicht nachzuprüfen. Red. ←

2. OLG. **20** 281 (Hamm). Der Preuß. Taxator ist kein Beamter. Er haftet dem ausgefallenen Hypothekgläubiger weder aus § 839 BGB. noch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB.). Der § 4 Nr. 2 AGO. II. 6 ist kein solches. Übrigens war die bekämpfte Schätzung nur Grund-, nicht Ertragstaxe. Indem sich der Kläger mit ihr begnügte, handelte er grobfahrlässig.

3. Oertmann, Ermäßigung der persönlichen Haftung des Schuldners für den Hypothekenausfall? DJZ. **10** 929, bespricht diese dem Juristentage 1910 vorgelegene, aber vertagte Frage, namentlich das Biermannsche und Predarische Gutachten hierzu, von denen das erstgenannte die Möglichkeit teilweiser Abhilfe gegen zu niedrige Versteigerungserlöse schon nach bestehendem Gesetze mittels der Arglisteinrede annimmt, während Predari Ersetzung des § 1166 BGB. durch Gestattung einer Bereicherungseinrede des verklagten persönlichen Schuldners vorschlägt. Oertmann billigt beide Vorschläge nicht vollständig und empfiehlt, durch die Gesetzgebung dem in Anspruch genommenen Schuldner das Recht zuzubilligen, vom Gläubiger die Überlassung des ersteigerten Grundstücks gegen Erstattung eines den Versteigerungsbedingungen entsprechenden Betrags zu fordern. → Vgl. auch die Verhandlungen des Deutschen Juristentags 1910 **1** 1 ff., **2** 26 ff. und JW. **10** 850, DJZ. **10** 1052. Red. ←

4. Rosenbaum, Zur Frage des Schuldnerschutzes gegenüber dem Hypothekenausfallgläubiger, DJZ. **10** 1284, sucht ein Gegenmittel gegen zu niedrige ZwVErlöse in zweckmäßiger Gestaltung der Wertzuwachssteuer-Ordnungen, z. B. darin, daß aus ihnen die übliche Bestimmung gestrichen wird, wonach bei Weiterveräußerung eines in der ZwV. erstandenen Grundstücks der den Steigerungspreis übersteigende Betrag einer für den Veräußerer nachweislich auf dem Grundstück eingetragen gewesenen Hypothek bei Berechnung des Erwerbspreises für die Wertzuwachssteuer dem Steigerungspreise hinzugerechnet werden soll.

5. R. **10** Nr. 4078 (Hamburg). Der Ersteher unter Wert ist nicht ungerechtfertigt, sondern durch Gesetz bereichert. Der belangte persönliche Schuldner kann gegen ihn nicht mit dem Mehrwerte des Grundstücks aufrechnen. → Ähnlich Frankfurt, Frankf. Rundsch. **10** 181. Red. ←

6. Raddatz, PosMSchr. **10** 95, ist mit den zum 30. Juristentage von Biermann und Predari wegen des Schutzes gegen zu niedrige ZwVErlöse gemachten Vorschlägen nicht einverstanden und würde solchen Schutz a) in einer dem belangten persönlichen Schuldner gesetzlich zu gewährenden Anspruch auf Grundschuldbestellung in Höhe des von ihm zu zahlenden Ausfalls, b) in weiterem Ausbaue des § 1166 BGB., c) in Erweiterung des Eintrittsrechts des persönlichen Schuldners finden.

7. Zelter, PosMSchr. **10** 97, äußert ebenfalls Bedenken gegen Predaris Vorschlag eines dem durch zu niedrigen Erlös geschädigten persönlichen Schuldner zu gewährenden Gegenanspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung und will solchen höchstens gegen mündelsichere, scheinbar ausgefallene Hypotheken geben. Wenn die niedrigen Erlöse in Bietungsvereinbarungen über Erlöschen und spätere Neueintragung von Hypotheken ihren Grund haben, spricht er dem auf den Ausfall verklagten persönlichen Schuldner die Arglisteinrede zu, empfiehlt vorsorglich auch gesetzlichen Schutz in dieser Richtung.

8. Meyerowitz, PosMSchr. **10** 139, tritt in vorerwähnter Frage der Ansicht Biermanns gegen Predari bei und befürchtet von der Maßregel, die Predari vorschlägt, noch weitere Gefährdung des Kredits auf zweite Hypotheken.

9. LeipzZ. **10** 413 (Dresden). Bei Streit über Gläubigerbenachteiligung (§ 3 AnfG.) kann das mehr oder minder von Zufälligkeiten abhängige Ergebnis der da-

zwischen erfolgten ZwV. nicht über den Wert des Grundstücks entscheiden. Auch daß der Anfechtungskläger das Grundstück billig erstanden hat, hindert nicht sein Obsiegen.

10. Antragsfrist § 9 Ziff. 2. Erlös nicht immer maßgebend §§ 20 Ziff. 2, 175 Ziff. 1. Pacta de non licitando §§ 66 Ziff. 6, 3, 10; 91 Ziff. 6, 13. Erlös maßgebend §§ 37 Ziff. 4, 90 Ziff. 9. Einwand zu hohen Meistgebots § 115 Ziff. 12. Beispiele niedriger Meistgebote § 58 Ziff. 12. Keine Beschwerde wegen Abhaltens vom Bieten § 96 Ziff. 1.

§ 87. Richterwechsel § 79 Ziff. 1. Nachträgliche Tatsachen § 9 Ziff. 2.

§ 88. Zuschlagsstempel §§ 58 Ziff. 2; 93 Ziff. 1; 130 Ziff. 2, 6.

Vorbemerkung: Über das Wesen des ZwV.- und ZwverwVerfahrens und die Stellung, die von den Beteiligten, vom Gericht und vom Zwangsverwalter dabei eingenommen wird, herrscht noch wenig Einigkeit. Ausführliches s. darüber Wolff, ZVG. § 90 Anm. 1. Neuerdings mehren sich die teilweise wohl zu weitgehenden Stimmen für die rein privatrechtliche, Verkauf usw. vermittelnde, Bedeutung dieser Vollstreckungsarten. S. Ziff. 6 und 16! Vgl. dagegen Ziff. 11 und IDR. 2 § 81 Ziff. 1, § 87, 6 Ziff. 3! S. aber auch § 53 Ziff. 1!

§ 90. 1. R. **10** Nr. 1809 (Rostock). Die in den Versteigerungsbedingungen erfolgte Ausschließung von Grundstücksbestandteilen von der ZwV. ist für den Ersteher nicht bindend, wenn sie nicht im Zuschlagsbescheid erwähnt ist. ➻ An sich bindet sie ihn überhaupt nicht, höchstens obligatorisch kann sie wirken. S. Ziff. 8. Red. ⟵

2. OLG. **20** 218 (Braunschweig). Der Ersteher konnte nach Zuschlag, aber vor Eigentumseintragung nach § 130, schon die Eintragung einer Hypothek bewilligen. Die dem Vollzuge noch (gemäß § 40 GBO.) entgegenstehenden Hindernisse waren nicht derartige, daß sie den das Darlehen vermittelnden Mäkler berechtigen konnten, statt 1%, höchstens 2% Provision eine solche von $8\frac{1}{3}$% zu fordern. Dies war wucherisch.

3. **RG. 72** 269. Hier ist das in IDR. **8** § 90 Ziff. 10 angeführte Urt. betr. gesonderte ZwV. zweier durch Überbau veränderter Grundstücke desselben Eigentümers abgedruckt. (S. Ziff. 13!)

4. **RG.** R. **10** Nr. 2883. Durch den Zuschlag hat die Beklagte zwar das Grundstück mit allen seinen Bestandteilen, auch mit den Erkern und Balkonen erworben, aber nicht das Recht, diese Erker und Balkone in den fremden Luftraum (über städtischen Straßen zu Cöln) hineinragen zu lassen, wenn es sich dabei nur um ein dem ZwVSchuldner persönlich zustehendes Recht und nicht um eine Dienstbarkeit handelt (§§ 1018, 96 BGB.). Eine solche konnte in den Jahren 1905—1907 nur nach § 873 BGB., nicht mehr durch destination du père de famille (Artt. 693, 694 C. c.) begründet werden. — Das Ortsstatut konnte auch keine öffentlich-rechtliche Gebühr für Balkongestattung laut OVG. **28** Nr. 15, **35** Nr. 6 begründen und ebensowenig eine privatrechtliche Verpflichtung, wozu besonderer Vertrag nötig war. (S. § 91 Ziff. 3!)

5. **RG.** JW. **10** 806, R. **10** Nr. 3005, 3067, DJZ. **10** 1235. Die Klage des Konkursverwalters im Konkurse des Ehemanns gegen dessen Ehefrau, als letzte Hypothekgläubigerin, Zessionarin und Ersteherin auf Bewilligung der Auszahlung der von der Brandversicherungsanstalt unter Rücknahmeverzicht hinterlegten Brandversicherungssumme war aus folgenden Gründen abzuweisen: Wenn § 90 ZVG. mit § 1127 Abs. 1 BGB. auch die Forderungen gegen den Versicherer im Auge hat, so ist auf diesen Wortlaut doch ein übertriebenes Gewicht nicht zu legen. Es sind Forderungen aus dem Versicherungsvertrage gemeint (Mot. III 659 f.). Dieser Rechtsgrund bleibt bestehen, auch wenn der geschuldete Gegenstand unter Rücknahmeverzicht hinterlegt und infolge seines Überganges in das Vermögen des Staates durch eine Forderung gegen diesen ersetzt wird. Auf den so hinterlegten Gegenstand der

erloschenen Forderung gehen die auf der Gläubigerseite begründeten Rechte über. Hieraus ergibt sich zugleich, daß die Konkursmasse auch auf §§ 1129, 1124 BGB. sich nicht berufen kann. Zwar fällt die Mobiliarversicherung nach sächs. Rechte und **RG. 69** 316 nicht unter § 1128, sondern unter § 1124 BGB., aber die Hinterlegung der Versicherungssumme unter Rücknahmeverzicht vor der ZwVBeschlagnahme war keine Einziehung oder sonstige Verfügung im Sinne des § 1124c. Der Konkursverwalter erlangte — abweichend von dem Falle **RG. 64** 29, 31 — die Verfügungsgewalt über das Geld nicht, es wurde auch zugunsten der Beklagten wegen ihres Hypotheken- und Absonderungsrechts hinterlegt. Nach dem Zuschlage kann der Konkursverwalter das Geld nicht mehr erlangen.

6. *Eckstein, Der rechtliche Charakter der ZwV. usw., BuschsZ. **40** 48. Der ZwVRichter und der Zwangsverwalter sind Vertreter der betreibenden Gläubigerschaft. Ersterer ist nur Organ des Gerichts, letzterer, obwohl Beamter, nicht Organ des Gerichts, sondern Beauftragter (bzw. Dienstvertragsverpflichteter) der Gläubigerschaft. Die ZwV. ist ein privatrechtlicher Verkauf. ➠ Ähnlich Ziff. 16, s. aber Vorbemerkung. Red. ⟵

7. Hellwig, Rechtskraft und Einrede der Arglist, R. **10** 723. Gerichtsbeschlüsse haben — anders als Urteile — konstitutive Wirkung und nicht die sog. materielle Rechtskraft, nicht die Feststellungswirkung über die Frage, ob die Beschlüsse mit Recht erlassen sind oder nicht. Darum war es vollständig unnötig, wenn das dem **RG.** (**46** 75, **61** 359) folgende OLG. Karlsruhe (OLG. **11** 324, BadRpr. **05** 309, JDR. **4** § 90 Ziff. 1) in einem Falle, wo es sich um einen Zuschlagsbescheid handelte, die Zulassung der Einrede der Arglist damit rechtfertigte, daß sie auch contra rem judicatam zulässig sei.

8. **RG.** JW. **10** 952, BreslauAK. **10** 58, DJZ. **11** 90, R. **10** Nr. 3821, 3822. Der rechtskräftige Zuschlag gestaltet die Rechtsverhältnisse unter den Beteiligten. Die rechtliche Tragweite des im Zuschlagsbeschlusse bekundeten Willens des Vollstreckungsrichters unterliegt der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts. Sind im Beschlusse Gegenstände, die wesentliche Grundstücksbestandteile sind, vom Zuschlag ausgeschlossen, so erwirbt sie der Ersteher gleichwohl zum Eigentume. Wohl aber folgt aus einer solchen Ausschließungsanordnung die obligatorische Verpflichtung des Erstehers, die in der Anordnung bezeichneten Gegenstände an den, auf dessen Antrag die Anordnung ergangen ist, herauszugeben (GruchotsBeitr. **46** 865, R. **08** Nr. 2397).

9. ➠ **RG.** 9. 11. 10 (R. **11** Nr. 515). Die Hypothekgläubiger und der Hypothekniеßbraucher klagten einen Teil des in der ZwV. erlittenen Ausfalls gegen die Feuerversicherungsgesellschaft ein. Obschon diese an sich nach ihren Satzungen wegen erwiesener Brandstiftung des Grundstückseigentümers zur Zahlung von Brandentschädigung nicht verpflichtet war, wurde sie doch deshalb nach Klagbitte verurteilt, weil sie den vom Hypotheknutznießer längst vor dem Brande gestellten, wenn auch nicht ganz ordnungsmäßigen, Anfragen und Bitten wegen seiner satzungsmäßigen Sicherung (Eintragung ins Lagerbuch der Gesellschaft) nicht entsprochen hatte. — Auch der Einwand der Beklagten, daß der Hypotheknutznießer durch Selbsterstehung des Grundstücks um niedrigen Preis schon Deckung gefunden habe, ist verworfen worden. Red. ⟵

10. OLG. **20** 314 (KG.). Nach §§ 90, 55 wäre Klägers Eigentum an der Ladeneinrichtung verloren. Dies geltend zu machen, ist dem Beklagten durch § 265 Abs. 2 ZPO. nicht verwehrt. Es greifen vielmehr §§ 265 Abs. 3, 325 Abs. 2 das. Platz, die sich auch auf zwangsweise Veräußerung beziehen.

11. MecklZ. **28** 293 (Rostock). Wenn der Zuschlag, der den Rechtsgrund des beklagtischen Erwerbes der Tischlereimaschinen bildet (bilden soll?), als Bestätigung eines Kaufvertrags aufzufassen wäre, so würde der Beklagte zweifellos zur Herausgabe der Maschinen vertragsmäßig verpflichtet sein. Da der Zuschlag aber seine Kraft

nicht einer Willenseinigung der bei der ZwV. Beteiligten entnimmt, sondern als ein selbständiger Akt richterlicher Exekutionsgewalt in konstitutiver Weise für den Ersteher Eigentum begründet, so erwirbt dieser das Grundstück in dem Umfang und unter den Bedingungen, wie sie sich aus dem Zuschlagsbescheide nach den gesetzlichen Vorschriften ergeben. Die Ausschließung der Maschinen von der ZwV. ist im Bescheide nicht erwähnt, die Verhandlungen im ZwVTermine binden den Beklagten auch nicht. §§ 812 und 826 BGB. stehen der Klägerin (der angeblichen Maschineneigentümerin) nicht zur Seite. Ihr Herausgabeanspruch ist demnach nur dann begründet, wenn die Maschinen n i c h t Bestandteile des Grundstücks geworden sind. Da sie es aber — wie ausführlich dargelegt wird — in Wirklichkeit nicht sind, so ist ihr Hilfsantrag auf deren Herausgabe berechtigt, dagegen nicht ihr Hauptantrag, ihr für das gegen den Subhastaten erwirkte Herausgabeurteil die Vollstreckungsklausel gegen den Beklagten zu erteilen. Dieser ist nicht Rechtsnachfolger, sondern nur Besitzer ohne Rechtsgrund. ➡ Im ZwVTermine war die Vollstreckung in diese Maschinen aufgehoben worden. Red. ⬅

12. MecklZ. **29** 12 (Rostock). Der Kläger als Ersteher des Häuslereigrundstücks, dessen früherer Eigentümer mit Genehmigung des Amtes eine Landungsbrücke an der Warnow errichtet hatte, klagt gegen den Beklagten, der sich für Holzlieferung zur Brücke das Eigentum an dieser hatte übertragen lassen, auf Feststellung, daß dem Beklagten keine Rechte an der Brücke zustehen. Aber die Brücke ist wesentlicher Bestandteil des landesherrlichen Ufergrundstücks, sie kann daher nicht Zubehör des im Eigentume des Klägers stehenden Häuslereigrundstücks sein. Zwar gehört sie auch dem Beklagten nicht. Aber dem Kläger fehlt jedes r e ch t l i ch e Interesse an der begehrten Feststellung.

13. S ch e r e r , RheinZ. **2** 368, gibt das **RG. 72** 269, JW. **10** 60, JDR. **8** § 90 Ziff. 10 und Ziff. 3 angeführte Urteil des RG. wieder, wonach bei ZwV. eines von zwei früher in einer Hand vereinigt gewesenen Häusern die Katastergrenze unbeschadet etwaiger Überbauduldung nach rheinischem Rechte maßgebend sein soll. Er hält die tatsächliche Zwischengrenze der Häuser für ausschlaggebend und will jedenfalls dem Ersteher nach versäumter Irrtumsbeschwerde noch die Irrtumsklage gegen den Zuschlag geben. ➡ Gegen welchen Beklagten? Red. ⬅

14. **RG.** JW. **11** 211, R. **11** Nr. 1001, 1036. Der preußisch-rechtliche Satz (**RG. 15** Nr. 57), daß zwei Grundstücke durch die Art ihrer Überbauung ein einheitliches Ganze werden können, entspricht dem BGB (§§ 94, 946 ff., 890, 921) n i ch t mehr. (Vgl. **RG. 65** 361, **70** 200). Aber der Erwerb des Erstehers und der Umfang dieses Erwerbes bestimmt sich danach, was zur ZwV. gestellt und zugeschlagen ist, namentlich nach der Versteigerungsbekanntmachung. Das auf das Steuerbuch zurückgeführte Grundbuchblatt ist an sich maßgebend für den Umfang des Zuschlags. Das setzt aber voraus, daß die Steuerbuchangaben nicht unter sich und mit dem Inhalte des Grundbuchs im Widerspruche stehen. In diesem Falle konnte nach Inhalt der Bekanntmachung, des Zuschlagsbeschlusses und der Angaben des Grundbuchs, namentlich im Hinblick auf die darin enthaltenen Gebäudesteuerhinweise festgestellt werden, daß die Streitfläche nebst den daraufstehenden Baulichkeiten mit zugeschlagen worden ist. Red.

15. HessRspr. **11** 35 (Darmstadt). Der geistesgestörte Beklagte hatte sein Haus an die Klägerin verkauft. Diese klagte auf Räumung usw. Während des Rechtsstreits wurde das Grundstück zwangsversteigert und der Klägerin zugeschlagen. Von Rechtskraft des Zuschlags an war die Räumungsklage begründet, obschon der Kaufvertrag und die Auflassung als nichtig zu erachten waren.

16. * H i r s ch , Die Übertragung der Rechtsausübung, **1** 347 f., 353. Der Pfandgläubiger veräußert das Grundstück kraft seines Pfandrechts. Er überträgt dem Ersteher das Eigentum des Schuldners. Der Ersteher ist Rechtsnachfolger des

Schuldners, sein Erwerb ein abgeleiteter. Das Vollstreckungsgericht ist Ausübungswerkzeug des betreibenden Gläubigers (353/7). (S. Ziff. 6 und Vorbemerkung!)

17. ZwV. und Enteignung § 28 Ziff. 1. Stempel usw. § 58. Mietzinsrechte des Erstehers §§ 57 Ziff. 2, 10; 152 Ziff. 3. Der Konkursverwalter als Ersteher § 53 Ziff. 1. Umfang der ZwV. im allgemeinen s. auch §§ 20, 37, 55!

§ 91. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 397, R. **10** Nr. 1646. Die Fälligkeitsvorschrift des § 111 Satz 1 bezieht sich nur auf die aus dem Erlöse zu berichtigenden, nicht auf die bestehen bleibenden Ansprüche. Nicht schon der Zuschlag hat die Hypothek fällig gemacht, erst mit Beginn des Verteilungstermins gilt sie als fällig. In Ansehung der Beweislast ist davon auszugehen, daß, wenn die Hypothek vereinbartermaßen bestehen bleiben sollte und bestehen blieb (§ 91 Abs. 2), auch an dem Inhalte des Anspruchs, insonderheit also auch betreffs der Zahlungsbedingungen, keine Änderung eingetreten wäre, falls eine solche nicht ausdrücklich bedungen sein sollte. Der die Änderung Behauptende (hier der Kläger) muß sie beweisen. Das Verteilungsprotokoll enthält zwar die Vereinbarung über Stehenbleiben der Hypothek, aber nichts über Änderungen der Zahlungsbedingungen. Schwört der Beklagte, daß im Teilungstermine der Kläger zwar vierteljährliche Aufkündbarkeit verlangt, aber nach seiner, des Beklagten, ausdrücklichen Ablehnung davon Abstand genommen habe, so ist die vom Kläger behauptete Änderung der Zahlungsbedingungen widerlegt.

2. **RG.** ZBlFG. **11** 33. A. hatte der Ersteherin B. im voraus versprochen, ihr seine Hypothek stehen zu lassen. Diese fiel zwar aus, aber A. erlangte doch größtenteils dadurch Deckung, daß ihm der Erlösanteil ausbezahlt wurde, der auf eine ihm vorausgehende bezahlte, durch Löschungsvormerkung beschränkte, Hypothek traf. Dadurch erwarb die B. einen Anspruch wegen grundloser Bereicherung in Höhe jenes Betrags gegen A., nachdem sie dessen im ZwVVerfahren gelöschte Hypothek neu hatte eintragen lassen.

3. ➛ **RG.** 12. 3. 10. A. hatte der Stadt C. für Gestattung der Erkeranbringung an seinem künftigen Neubaue Geldvergütung bei Vermeidung der Beseitigung des Erkers versprochen. Erst sein Abkäufer B. baute das Haus mit Erker, A. erwarb es in der ZwV. Da er die vertragsmäßige Zahlung nicht leistete, konnte trotz der inmitteliegenden ZwV. die Stadt C. Beseitigung des Erkers nach §§ 346, 1004 BGB. verlangen, da er in ihr Straßeneigentum hineinragte. Red. ⬅

4. Schulz, DJZ. **10** 361, bekämpft ein Urteil des LG. Freiburg, wodurch die Schadensersatzklage eines Grundstückskäufers, dessen miterkaufte Wasserrechtsservitut nachträglich in der ZwV. — wegen Nichtvorliegens eines Falles des § 9 EGZVG. — untergegangen war, abgewiesen worden ist. Er ist der Meinung, daß § 434 BGB. mindestens entsprechend anzuwenden gewesen wäre oder daß ähnlich wie bei vorzeitiger Mietkündigung nach § 57 eine Entschädigungspflicht des Vermieters, so hier eine solche des Dienstbarkeitsverkäufers, hätte anerkannt werden müssen. ➛ Hiergegen Carl, DJZ. **10** 533, der eine fortdauernde Haftung des Verkäufers als Servitutbestellers oder Vermieters dafür bestreitet, daß die Dienstbarkeit oder der Mietvertrag nie durch ZwV. erlösche. Red. ⬅

5. BayOLG. **11** 250, R. **10** 423. Die Beglaubigung der Bewilligung des Stehenbleibens einer Hypothek unterliegt nur der Gebühr aus § 45 Abs. 1 und 2 (nicht Abs. 3) BayNotGebO., auch wenn die Urkunde eine bestätigende Erwähnung der Annahme als persönlicher Schuldner enthält.

6. MecklZ. **29** 18, R. **10** Nr. 2171 (Rostock). Der zur Abtretung einer Grundschuld Verpflichtete muß, wenn das belastete Grundstück in ZwV. geraten und die Abtretung der Grundschuld durch ihren Ausfall unmöglich geworden ist, das durch ein pactum de non licitando mit dem Ersteher des Grundstücks Erlangte an den Gläubiger herausgeben. (§ 281 Abs. 1 BGB.)

7. **RG.** ZBlFG. **11** 256, R. **10** Nr. 2799, 2833, 3185, 3186. Für eine Sparkasse waren 8000 M. als Gesamthypothek auf den Grundstücksgruppen A. und B. eingetragen. Bei der ZwV. der Gruppe A. blieb die Hypothek unverändert stehen. Bei der ein Jahr später erfolgten ZwV. von B. erklärte die Sparkasse, daß sie aus deren Erlös nichts verlange. Der Kläger als Nachhypothekar auf B. und der Beklagte, der die vermeintliche Eigentümerhypothek des Subhastaten auf B. hatte pfänden lassen, streiten nun über den auf die 8000 M. auf B. fallenden Erlösanteil. Der Kläger blieb vorbehaltlich eines von ihm noch über Unwahrheit eines besonderen Abkommens zu leistenden Eides Sieger aus folgenden Gründen: Eigentümerhypothek ist in keinem Falle auf B. entstanden. Wäre die Hypothek bei der ZwV. von A. vom Ersteher nach § 91 Abs. 2 übernommen worden, so hätte dies nach dieser Gesetzesstelle mit § 1181 Abs. 2 BGB. die Entstehung einer Eigentümerhypothek auf B. ausgeschlossen. Gleiches ist aber auch für den vom BG. festgestellten Fall, daß die Hypothek auf A. in das geringste Gebot fiel, nach §§ 53 Abs. 1 ZVG., 414, 416, 418, 1175 BGB., **RG. 63** 42, JW. **07** 742 anzunehmen, weil die Vereinbarung der persönlichen Schuldübernahme zwischen der Sparkasse und dem Ersteher von A. wegen nicht behaupteter Zustimmung des Eigentümers von B. wie ein Verzicht hinsichtlich der Hypothek auf B. wirkte. Wollte man aber trotzdem annehmen, daß an sich auf B. die Gesamthypothek fortbestanden habe, so wäre sie durch die zuerst im ZwVTermine für B. abgegebene Erklärung der Sparkasse, daß sie aus der Hypothek hier keinen Anspruch erhebe, noch nicht erloschen, da zu diesem Verzichte die nötige Eintragung nach § 1168 Abs. 2 BGB. fehlte. Erst durch den Zuschlag wären die 8000 M. auf B. nach §§ 91, 92 erloschen und der Sparkasse würde dafür ein Erlösanspruch zugestanden haben. Somit war die vom Beklagten gegenüber dem Subhastaten erwirkte Pfändung der Eigentümerhypothek in jedem Falle gegenstandslos, mag sie vor oder nach dem Zuschlag erfolgt sein. Infolge der weiteren Erklärung der Sparkasse im Teilungstermine, keinen Anspruch zu erheben, erhielt nicht etwa der Subhastat Rechte auf den betreffenden Erlösanteil, sondern rückten die Nachhypothekare vor. **RG. 55** 260, **60** 253.

8. **RG.** R. **10** Nr. 3072. Läßt der Ersteher den nicht zur Hebung gekommenen Teil seiner Hypothek stehen, so ist er gleichwohl um diesen Betrag nicht bereichert. Der Gegenwert für die so erworbene Grundschuld bestand in der von ihm bewilligten Belastung seines eigenen Grundstücks. Um einen Fall des § 91 Abs. 2, 3 handelte es sich dabei nicht. Der nicht gedeckte Rest der Forderung war nach wie vor erloschen.

9. **RG.** JW. **11** 46, ZBlFG. **11** 585. Der Nachhypothekar B. hatte vom Hypothekschuldner zu seiner besseren Sicherheit das Gasthofzubehör gekauft und im Wege einstweiliger Verfügung durch den Gerichtsvollzieher wegschaffen lassen. Dies war keine „Entfernung vom Grundstück" im Sinne des § 1121 BGB. Auch dadurch entfiel die Haftung des Zubehörs für die Hypothek der A. nicht, daß diese infolge des Zuschlags nach §§ 52, 91 Abs. 1 erlosch. Denn der Zuschlag bewirkte nur, daß die Hypothek an dem zwangsversteigerten Grundstücke zu bestehen aufhörte; das hypothekarische Recht an den nicht mitversteigerten, für die Hypothek ebenfalls haftenden, beweglichen Gegenständen wurde durch den Zuschlag nicht berührt. (**RG. 55** 418.) Vorhypothekarin A. kann daher wegen ihres Ausfalls Befriedigung aus den Sachen suchen, und da sie daran durch das Vorgehen des B. gehindert wird, Feststellungsklage auf ihr Befriedigungsrecht gegen B. erheben. S. a. BGB. § 1121 Ziff. 3.

10. **RG.** BayRpflZ. **10** 406, JW. **10** 799. Die Anfechtungsklage nach § 123 BGB. gegen einen Grundstückskaufvertrag wird an sich nicht dadurch gehindert, daß dem Kläger das Grundstück zwangsversteigert worden ist. (Vgl. **RG. 59** 92.) ➸ Ähnlich **RG.** JW. **10** 647. Red. ⇜

11. SeuffA. **65** 256 (Königsberg). Der erste Hypothekgläubiger K. hat die Hypothek unstreitig deshalb nicht voll angemeldet, weil er teilweise aus Mitteln des Grundstückseigentümers D. befriedigt worden war. Geschah dies vor Zuschlag, so entstand Eigen-

tümerhypothek oder Grundschuld. Geschah es nach Zuschlag, so muß mit G ü t h e gegen **RG.** (**55** 264, **60** 253) das gleiche Endergebnis angenommen werden, daß nämlich der Subhastat für die von ihm gezahlten Beträge an die Stelle des Gläubigers tritt. Somit kann der Kläger, als nächstfolgender Hypothekgläubiger, nicht vorrücken.

12. S t r o h a l , Schuldübernahme, JheringsJ. **57** 231, führt zu § 91 auf S. 373 ff. u.a. aus: Ob eine Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 ohne weiteres die persönliche Schuld in sich schließt, ist nicht unzweifelhaft. Geht man aber davon aus, so liegt nicht eine nach § 53 ZVG. mit § 416 BGB. zu beurteilende Schuldübernahme vor, sondern es ist ein Anwendungsfall des § 414 BGB. gegeben. Im Verhältnisse zu dem voraussetzungsgemäß mit dem bisherigen Grundstückseigentümer identischen persönlichen Schuldner ist der Gläubiger als befriedigt anzusehen. Bürgen und Gesamthypothekare werden frei. Soweit § 91 Abs. 3 durchgreift, kann, wenn bei dem anderen Grundstücke nach der Gesamthypothek noch weitere Rechte eingetragen sind, von einem Ausschlusse der §§ 418 Abs. 1 Satz 2, 1175 Abs. 1 Satz 2 aber keine Rede sein.

13. ➻ **RG.** 17. 12. 10. Die klagende Hypothekgläubigerin hatte mit der Beklagten vereinbart, daß diese die Hypothek zu 20 000 M. zur Hälfte ausbiete, zur Hälfte zwar erlöschen lassen, aber dafür 10 000 M. persönlich weiter schulden solle. Dabei hatte man gedacht, daß eine vorgehende Dienstbarkeit nur den Schätzungswert von 500 M. habe. Nach dem Verteilungsverfahren und dem sich anschließenden Widerspruchsstreite kam diese Dienstbarkeit endgültig aber mit 3686 M. zur Hebung und die Klägerin verlangte nun von der Beklagten a) Eintragung von 2986 M. Hypothek, zum Zwecke der notwendigen Ergänzung der übernommenen Hypothekrate auf 10 000 M., b) Barzahlung von 1756 M. für Kosten des Widerspruchsstreits gegen die Dienstbarkeitsberechtigte. Die Klage wurde in 3 Rechtszügen auf Grund der der Beklagten günstigen Auslegung der (verwickelten) Abmachungen abgewiesen. Auch wenn die Klägerin die Beklagten zum Ausbieten der g a n z e n 20 000 M. veranlaßt hätte, wäre das Endergebnis wegen des Irrtums über den Wert der Dienstbarkeit dasselbe gewesen. Red. ⟵

14. Widerspruch gegen eine stehenbleibende Hypothek § 130 Ziff. 1. Altenteilserlöschen EG. § 9 Ziff. 1. Dienstbarkeitserlöschen bei Anteils-ZwV. § 64 Ziff. 1, 2. Nichterlöschen obligatorischer Ansprüche §§ 28 Ziff. 4, 180 Ziff. 10. Nichterlöschen der Mietverpfändung § 57 Ziff. 10. Vorkaufsrecht § 180 Ziff. 9. Abtretung von Hypotheken vor Zuschlag § 81 Ziff. 2. Erlöschenlassen und Neueintragen § 85 Ziff. 7. Eigenbesitz § 172 Ziff. 1.

§ 92. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1077, JW. **10** 489, WarnE. **10** 218, R. **10** Nr. 1810. Der Kläger hatte wegen Kaufs des Grundstücks Eintragung einer Vormerkung, ferner wegen seiner Kaufpreisanzahlung von 3700 M. Arrest und Urteil sowie Pfändung des Versteigerungserlöses erwirkt. Er erstand das Grundstück und verlangte im Verteilungsverfahren den Vorrang vor verschiedenen vor, gleichzeitig mit, und nach seiner Vormerkung im Grundbuch eingetragenen Forderungen. Aus § 37 Ziff. 5 standen ihm Rechte zwar nicht zu, da er aus der Auflassungsvormerkung die Aufhebung oder einstweilige Einstellung der ZwV. nicht beanspruchen konnte. Aber ihm stand § 92 zur Seite, der auch auf seine Auflassungsvormerkung zutrifft, wenn deren Wortlaut auch nicht genau dem § 883 BGB. angepaßt ist (vgl. JDR. **7** § 115 Ziff. 1). Durch Klägers frühere, zuerst auf Vertragserfüllung und dann wegen deren Unmöglichkeit auf Schadensersatz zu 3700 M. gerichtete Klage wurden seine angemeldeten Ansprüche aus der Auflassungsvormerkung nicht beseitigt. Der Rang der letzteren richtet sich nach der Zeit ihrer Eintragung. Auf die vom Kläger geltend gemachte Kenntnis der v o r und g l e i c h z e i t i g mit ihm eingetragenen Beklagten von seinem Kaufe kommt nichts an.

2. ➻ **RG.** 22. 10. 10. Für ein in den Versteigerungsbedingungen nicht berücksichtigtes Hamburger Fensterrecht konnte wegen seines Erlöschens vom Berechtigten

der Wertersatz (von 6000 M.) aus dem Erlöse **vor** den unbestritten im Range nachgehenden Hypothekgläubigern gefordert werden: Der Anspruch beruht auf gesetzlicher Vorschrft und ist nicht, wie die Revision glaubt, ein Anspruch auf Schadensersatz. Red. ←

3. Huther, Einfügung des altrechtlichen (mecklenburgischen) Altenteilsultimats in das neue Recht, MecklZ. **29** 78. Diese Ultimatshypothek war nach bisherigem Rechte ein selbständiges, von einer Forderung unabhängiges dingliches Recht, hatte also den Charakter der reichsrechtlichen Grundschuld. Dieses Charakters ist sie durch § 198 AVBGB. nun entkleidet, sie ist von einer Forderung und zwar als Sicherungshypothek so sehr abhängig gemacht, daß sich das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur noch nach der Forderung bestimmt (§ 1184 Abs. 1 BGB.). (85 f.). — § 92 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 ZVG. versagt natürlich für diese nunmehrige Sicherungshypothek; der Berechtigte kann nicht doppelten Ersatz für sein verlorenes Recht fordern, sondern nur die im angezogenen § 198 bestimmte Forderung, daneben aber Ersatz für die rückständigen Leistungen (94). — Im Zweifel wird das Verhältnis der **mehreren** auf denselben Altenteil Berechtigten zu der Sicherungshypothek untereinander als Gesamtgläubigerschaft aufzufassen sein. Geraten die mehreren dadurch in Konkurrenz miteinander, daß jeder nach der ZwV. aus dem Erlöse Deckung für sein erloschenes Recht begehrt, so zwingt die Konkurrenz zu einer Teilung der Deckungssumme, wobei in Ermangelung einer Einigung das richterliche Urteil die Teile nach dem Verhältnisse des Wertes der einzelnen Altenteile zueinander zu bestimmen hat (111).

4. * Hirsch aaO. I 375/87. Der Erlös tritt mit dem Zuschlag an die Stelle des Grundstücks. Zwischen dem Zuschlag und dem Verteilungstermin ist die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher der „Erlös". Sie bleibt „Erlös" im Falle der Nichtzahlung des Bargebots. Die am Grundstück erlöschenden Grundpfandrechte werden durch den Zuschlag in Forderungspfandrechte verwandelt.

5. Teilzahlung durch Bürgen § 44 Ziff. 2. Dienstbarkeitswert § 91 Ziff. 4, 13. Bereicherungsklage § 55 Ziff. 10.

§ 93. 1. HessRspr. **11** 54 (Darmstadt). In Hessen darf vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses vor erfolgter Stempelverwendung (HessGKG. Art. 89) nicht erteilt werden. Bei Beschlußzustellung nach § 88 mag es anders sein. (S. § 133!)

2. Erlöschen des Eigenbesitzes § 172 Ziff. 1. Räumungsklage § 90 Ziff. 15. Reichsstempel § 130 Ziff. 6.

§ 94. 1. Kempner, Zu §§ 94 und 118, ZBlFrG. **11** 267 (273). Die gerichtliche Verwaltung wird weder durch die Gewährung von Zahlungsfristen noch dadurch berührt, daß die Übertragung der Forderung gegen den Ersteher wie die Befriedigung aus dem Grundstücke wirkt. Weder für ihr Fortbestehen noch für die Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der Verwaltung besteht eine zeitliche Grenze Zweifelhaft ist nur die praktisch wohl selten auftauchende Frage, ob **nach** der Übertragung der Forderung und Fälligkeit des befristeten Gebots der Berechtigte, der ja das bessere Mittel der Zwangsvollstreckung und ZwVerw. hat, den Antrag nach § 94 noch stellen kann. Jedenfalls ist die bereits angeordnete Verwaltung nur aufzuheben, wenn die Voraussetzungen des § 94 nachgewiesen werden. — Nützlich ist die Verwaltung des § 94, weil sie dem Gläubiger gesichertes Zuwarten auf die Möglichkeit neuer Beschlagnahme bei Säumigkeit des Erstehers gestattet.

2. Verhältnis zu § 25 s. dort!

VII. Beschwerde.

§ 95. 1. RG. **73** 194, LeipzZ. **10** 550, JW. **10** 584, R. **10** Nr. 1808, 1811 bis 1813. Im allgemeinen gilt der die Beschwerde betreffende § 793 ZPO. auch für die ZwV. Daneben enthalten die §§ 95 ff. Sonderbestimmungen. § 95 schränkt die

Zulässigkeit der Beschwerde auf bestimmte Entscheidungsfälle vor Beschlußfassung über den Zuschlag ein. Gegen letztere läßt der § 96 die sofortige Beschwerde der ZPO. nur mit den in §§ 97—104 gemachten Ausnahmen zu. § 100 gestattet nur bestimmte Beschwerdegründe. § 98, der Fristbestimmungen gibt, bezieht sich nur auf die gewöhnliche sofortige Beschwerde, nicht aber auf die außerordentliche Nichtigkeits- oder Restitutionsbeschwerde des § 577 ZPO. In vorliegender Sache handelt es sich um den angeblichen Nichtigkeitsgrund der Zuschlagserteilung durch einen kraft des Gesetzes (wegen eigener Hypothek auf dem Grundstück) ausgeschlossenen elsloth. Notar. (§ 579 Nr. 2 ZPO.) Einer Entscheidung der Streitfrage, ob die sofortige Beschwerde aus § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO. auch durch § 100 ZVG. eingeschränkt ist, bedarf es hier nicht, jedenfalls ist in derartigen Fällen nur die sofortige Beschwerde, nicht aber eine Klage, wie sie hier erhoben wurde, statthaft und zwar auch nicht eine gewöhnliche Klage gegen Versteigerungsbeamten und Ersteher zugleich. Denn in ElsLoth. ist gemäß § 13 EGZVG., § 1 AGZVG. mit §§ 96—104 ZVG. für die Anfechtung der Entscheidung des Notars über den Zuschlag auch kein anderer Weg gegeben, als der der Nachsuchung der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts und demnächst der sofortigen Beschwerde. — Die jetzige, nach dem Gesagten mit Recht abgewiesene Klage konnte auch nicht als Erinnerungsschrift oder Beschwerde gelten, da sie nicht beim Vollstreckungsgericht eingereicht war.

2. Erinnerungen §§ 15 Ziff. 2, 3, 180 Ziff. 1, 16. Beschwerde gegen TV. § 180 Ziff. 15.

§ 96. 1. RheinARV. **10** 15 (LG. Cöln). Wegen Zuwiderhandlung gegen § 270 PrStG. (Abhalten vom Bieten betr.) kann der Zuschlagsbeschluß mit Beschwerde nicht angefochten werden. Besonderes Klageverfahren ist notwendig. Übrigens ist der Zuschlag nach **RG. 60** 273 keineswegs als nichtig zu erachten.

2. Keine Erinnerungen § 83 Ziff. 1. Außerordentliche Beschwerde § 95 Ziff. 1. Beschwerde gegen den Teilungsplan §§ 115 Ziff. 15, 22; 114 Ziff. 1, 130 Ziff. 1, § 155 Ziff. 1. Arglisteinrede gegen den rechtskräftigen Zuschlag § 90 Ziff. 7. Beschwerdefälle §§ 64 Ziff. 3; 80 Ziff. 2.

§ 97. Einseitiger Einstellungsantrag § 30.

§ 100. Ausgeschlossener Notar § 95 Ziff. 1. Einwand zu hohen Meistgebots § 115 Ziff. 12. Keine Beschwerde wegen Abhaltens vom Bieten § 96 Ziff. 1.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 107. 1. **RG. 72** 344, JW. **10** 761, R. **10** Nr. 761. Nach dem Grundstückszuschlag an ihn hatte der Beklagte die Eigentümergrundschuld der Vollstreckungsschuldner zu 3373 M. pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Seine Aufrechnung ließ der ZwVRichter im Teilungstermine, da Widerspruch nicht erhoben wurde, zu. Später ließ der Zedent des Klägers die angebliche desfallsige Forderung der Subhastaten pfänden und sich überweisen. Die Klage wurde im 1. und 2. Rechtszug abgewiesen und das RG. bestätigte mit folgender Begründung: Briefherausgabe hatte der Kläger nach **RG. 63** 214, **64** 216 nicht nötig. Jedoch die Anschauung des LG., daß die Zulassung der Aufrechnung die nach **RG. 40** 395, **43** 427 erforderliche förmliche Überweisung nach § 118 ersetzt habe, ist schon nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Aber auch die Begründung der Klagabweisung durch das OLG., daß nämlich gegen den trotz ihres Nichtwiderspruchs verbleibenden Bereicherungsanspruch der Subhastaten vom Beklagten aufgerechnet werden könne, ist unbedenklich. Solche Aufrechnung nach Abschluß des Verteilungsverfahrens ist etwas anderes als die vorherige, § 118 kommt dabei nicht mehr in Betracht und der vom Kläger behauptete Verstoß gegen die guten Sitten ist ausgeschlossen.

2. OLG. **20** 355, BreslauAK. **10** 18, R. **10** Nr. 2640 (Breslau). Der Ersteher ist Drittschuldner für den Erlösüberschuß, ihm muß die Pfändung zugestellt werden.

3. LeipzZ. **10** 487, R. **10** Nr. 2662 (Stettin). Ist im Anfechtungsprozesse dem Anfechtungsgegner verboten, über die angefochtene Hypothek zu verfügen, so erstreckt sich dieses Verbot auch auf den auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös und ist bei einer Anmeldung im Verteilungsverfahren auch vom ZwVRichter zu beachten. Für die Erwirkung eines Arrestes ist in solchem Falle daher kein Raum.

4. ➡ **RG.** 12. 11. 10 (R. **11** Nr. 590). Am 28. Dezember 07 war der Zuschlag erfolgt. Dem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse des Beklagten vom 1. November 07 hat das BG. zutreffend nach **RG. 70** 278 die Rechtswirksamkeit auch für den Versteigerungserlös versagt. Aber nach den Sätzen dieses Urteils mußte auch weiter die angebliche mündliche Abtretung an den Beklagten vom 20. Dezember 07 und die Pfändungsankündigung des Klägers vom gleichen Tage deshalb für ungültig erklärt werden, weil die Eigentümergrundschuld nach dem Zuschlage nicht mehr wirksam gepfändet und die Pfändung des Erlösanspruchs keine auf die Pfändungsankündigung zurückwirkende Kraft erlangen konnte. Es blieben somit nur die schriftliche Abtretung des Erlösanspruchs an den Beklagten vom 30. Dezember 07 und die Pfändung des Erlösanspruchs für den Kläger vom 8. Dezember 08. Der BR. hat der letzteren den Vorzug gegeben, weil er die Abtretung gemäß § 3[1] AnfG. für anfechtbar erachtete. Indessen genügt hierfür, da es sich um ein Deckungsgeschäft handelt, die getroffene Feststellung des bloßen Bewußtseins der Gläubigerbenachteiligung nicht, sondern es müßte in der neuen Verhandlung die Absicht der Gläubigerbenachteiligung nachweisbar sein. Red. ⬅

5. * Hirsch aaO. I 417/20. Der aus dem Grundstücke gezahlte Barerlös gehört dem Subhastaten.

6. Beteiligung des Pfändungsgläubigers § 9 Ziff. 1. Erlös als Darlehen § 66 Ziff. 4. Erlös bei Löschungsvormerkung § 115 Ziff. 11. Falsche Feststellung § 115 Ziff. 21. Surrogation § 37 Ziff. 6; § 92 Ziff. 4.

§ 109. 1. KGJ. **38** B 37. Der Antragsteller einer ZwV. haftet für die in § 125 Abs. 1—4 PrGKG. bezeichneten Gebühren auch dann, wenn sie bei rechtzeitigem und richtigem Kostenansatz aus einer bar vorhanden gewesenen Verteilungsmasse hätten entnommen werden können, bei der tatsächlichen Erforderung der Kosten eine solche Masse aber nicht mehr vorhanden war.

2. ZwVerwKosten § 155 Ziff. 2. Kosten im allgemeinen § 10.

§ 110. 1. **RG.** WarnE. **10** 126, R. **10** Nr. 703, 757. Die Rangeinräumung gegenüber einer Hypothek enthält nicht von selbst die Verpflichtung, den Erlös, der auf die zurückgetretene Hypothek fällt, dem Vertragsgegner auch dann zu überlassen, wenn dieser anmeldungssäumig wird (§ 110.). Wer vor dem Anmeldungssäumigen zum Zuge kommt, ist nicht deshalb schon ungerechtfertigt bereichert; Widersittlichkeit des Verfahrens des Bekl. ist nicht anzunehmen, und daß der Vertrag der Streitsteile keinen weiteren Zweck als den der Vorrangsverschaffung, insbesondere nicht das Versprechen des Beklagten enthielt, bei Inanspruchnahme des Erlöses mit seiner Forderung hinter die der Klägerin zurückzutreten, stellt der BR. in unangreifbarer Weise tatsächlich fest.

2. OLG. **20** 375, R. **10** Nr. 1347 (Darmstadt). Die Klage des nachgehenden Hypothekgläubigers gegen Einstellung des zahlenden Bürgen in eine vorgehende Kredithypothek war unbegründet, obschon der Bürge nicht rechtzeitig angemeldet hatte. Die Anmeldepflicht bezieht sich nur auf die Ansprüche, die dem Umfange nach nicht aus dem Grundbuche hervorgehen, keineswegs aber auf das eingetragene Recht an sich und den damit festgelegten Anspruch. Dies geht auch aus § 135 hervor. Auf bloßen Legitimationsmangel kann der Widerspruch nicht gestützt werden.

3. Anmeldung s. auch §§ 114, 117, 9 Ziff. 3. Rangvorbehalt § 115 Ziff. 18, 20.

§ 111. Stehenbleibende Hypothek § 91 Ziff. 1. Lasten und Abgaben § 10 Ziff. 9.

§ 112. **RG.** R. **10** Nr. 1814. Ist bei einem mehrere Grundstücke betreffenden ZwVVerfahren der Zuschlag zu einem Gesamtgebote zu erwarten, so kann dem Vertreter eines Hypothekgläubigers, der nur eines der Grundstücke über seinen Wert hinaus beliehen hatte, vom Auftraggeber kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er bei den Einzelgeboten nicht darauf hingewirkt hat, daß auf jenes Grundstück ein so hohes, über dessen Wert weit hinausgehendes Einzelgebot gemacht wurde, damit bei der Verteilung des Erlöses der Hypothekgläubiger voll gedeckt würde.

§ 113. Beschwerde gegen den Plan § 115 Ziff. 15, 22, § 114 Ziff. 1, § 130 Ziff. 1. Rangvorbehalt § 115 Ziff. 18, 20. Öffentlichkeit? § 66 Ziff. 9.

§ 114. 1. DJZ. **10** 375, R. **10** Nr. 1292, 1293 (Oldenburg). Der Verteilungsrichter ist nicht befugt, die von dem Gläubiger oder einem anderen Beteiligten angemeldeten Kosten auf ihre Angemessenheit und Erstattungsfähigkeit zu prüfen und eventuell ihre Aufnahme in den Verteilungsplan abzulehnen. Die Beteiligten haben (zunächst?) allein über die Verteilung zu bestimmen; sind sie einig, ist der Richter ausgeschaltet. — Wegen derartiger, überhaupt wegen formeller Mängel des Verteilungsplans ist statt des Widerspruchsverfahrens die Beschwerde zulässig und oft unentbehrlich. ➠ Fraglich, ob nicht auch Widerspruch möglich. Vgl. § 115 Ziff. 22 und JDR. **7** § 115 Ziff. 7! Red. ⟵

2. Hypothekanfechtung § 107 Ziff. 3. Anmeldungsversäumnis § 110 Ziff. 2, § 117. Bereicherungsklage § 55 Ziff. 10. Vom Bürgen erworbene Hypothek § 37 Ziff. 1, § 110 Ziff. 2.

§ 115. 1. Fuchs, JW. **10** 58, gibt ein Zahlenbeispiel dafür, wie zu verteilen ist, wenn von 4 Hypotheken nur 2 vollständig und eine teilweise einer neueingetragenen Baugelderhypothek den Vorrang eingeräumt haben.

2. Bing, BayRpflZ. **10** 14, bekämpft **RG. 61** 38, wonach Eigentümer und Pfändungsgläubiger die Eigentümergrundschuld zum Nachteile des Hypothekgläubigers nicht geltend machen dürfen, der nur der Baugelderhypothek den Vorrang eingeräumt hatte. Fürnrohr ebendaselbst 76 vertritt die Entscheidung des RG.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1384. Der nachfolgende Hypothekgläubiger kann zwar nicht einen bloßen Legitimationsmangel bei vorgehenden Rechten geltend machen (**RG. 15** 224, **62** 170), wohl aber kann er nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes den völligen Wegfall verlangen und zwar auch dann, wenn seine Hypothekenrechte durch den Zuschlag erloschen sind, sofern er nur als ausfallender Hypothekgläubiger ein Interesse daran hat (**RG. 63** 157.). ➠ Vgl. OLG. Darmstadt § 110 Ziff. 2. Red. ⟵

4. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1059, R. **10** Nr. 963, 977. Mit der Widerspruchsklage aus § 878 ZPO., § 115 ZVG. können auch andere Klagen, z. B. auf Zahlung, verbunden werden, sofern der gleiche Gerichtsstand gegeben ist. — Wer das Grundstück vom Schuldner — oder dessen gütergemeinschaftlichen Anteil nach Auflösung der Gütergemeinschaft — gekauft hat, ist auf Grund des obligatorischen Vertrags noch nicht Beteiligter an der ZwV.

5. ➠ **RG.** 2. 3. 10. A. übertrug eine Hypothek zu 10 245 M. an B., haftend, daß ihr nur 118 814 M. vorgingen. Es gingen aber weitere 5500 M. des C. vor. In der ZwV. fiel B. wegen zu geringen Grundstückserlöses größtenteils aus, obschon eine der Vorhypotheken zu 16 000 M. nicht ausgefüllt war. Trotz des letzteren, an sich ihm günstigen Umstandes wurde A. in 3 Rechtszügen zum Schadensersatze von rund 5500 M. an B. verurteilt, indem der Abtretungsvertrag dahin ausgelegt wurde, daß darin die Löschung der Vorhypothek von 5500 M. für alle Fälle vereinbart gewesen sei und indem auf den zufälligen Umstand, daß an Stelle der nicht ausgefüllten 16 000 M. keine Eigentümergrundschuld angemeldet wurde, ein Gewicht nicht gelegt worden ist. Red. ⟵

6. ➠ **RG.** 16. 3. 10. Das Scheingeschäft hatte dem beklagten Scheinzessionar Rechte an der nicht ausgefüllten Hypothek nicht gegeben, aber für ihn die Verpflich-

tung begründet, zugunsten des wirklich Berechtigten die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs — jetzt nach erfolgter ZwV. zur entsprechenden Erlöshebung — zu erteilen. Red. ←

7. → **RG.** 9. 4. 10 (teilw. R. **10** Nr. 2214). In den Teilungsplan waren bezüglich des auf die Eigentümergrundschuld des ZwVSchuldners treffenden Erlösrestes nur dessen Anspruch, nicht auch trotz ihrer Anmeldung die Ansprüche der beiden beklagten Pfändungsgläubiger aufgenommen worden. Ihre Anmeldung hatte nach § 115 Abs. 2 die Bedeutung eines Widerspruchs gegen den Plan. Bei Vermeidung ihrer Nichtberücksichtigung hätten daher die Beklagten gemäß § 878 ZPO., § 115 Abs. 2 ZVG. rechtzeitig Widerspruchsklage gegen die Klägerin, die ihrerseits Widerspruch gegen den Eigentümergrundschuldner auf Grund ihrer Löschungsvormerkung erhoben hatte, einreichen müssen. Sie haben sich aber nicht nur untätig verhalten, sondern sogar wiederholt erklärt, einen Prozeß nicht anstellen zu wollen. Dadurch verloren sie ihre Rechte in der Erlösverteilung und zutreffend hat der Berufungsrichter deshalb den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Die Prozeßkosten muß die Klägerin wegen voreiliger Klagerhebung tragen. Red. ←

8. → **RG.** 8. 6. 10. Die jetzige Beklagte A. und die jetzige Klägerin B. hatten Widerspruch gegen den Rechtsbestand dreier Vorhypotheken des C. erhoben. Gegen die Post der B. hatte wieder die Altsitzerin D. Widerspruch erhoben. Der Verteilungsrichter teilte die Posten des C. dem Ehemanne der A. und der B. bedingt zu. Hierauf siegte im Widerspruchsstreite die A. gegen den C. und die Widerspruchsklage der D. wurde abgewiesen, worauf der ZwVRichter in neuer Teilung die freigewordenen Posten des C. der A. zuteilte. Hiergegen erhob die B. mit Erfolg Widerspruch und Widerspruchsklage. Der erste Richter und im zweiten Rechtszuge das OLG. Naumburg nahmen an, daß die erste Verteilung, wonach auf die Beklagte A. nichts entfiel, ausgeführt werden müsse, und das RG. hat der A. das hiergegen nachgesuchte Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit ihrer Sache verweigert. Red. ←

9. **RG.** ZBlFG. **11** 254. A. wurde an Stelle der ihm von der B. für Kreditgewährung an C. verpfändeten Eigentümerhypothek mit 11 000 M. in den Teilungsplan eingesetzt. Die Nachhypothekare D., E., F. erhoben aber Widerspruch, und D. siegte im Widerspruchsprozesse für seine 8000 M. Nachhypothek gegen A., weil eine in Baden vor 1900 bezahlte Hypothek nicht Eigentümerhypothek geworden sei. A. erhob nun Schadensersatzklage gegen die Verpfänderin B. auf 11 000 M. Hauptsache und 3000 M. Kosten des Vorprozesses und drang mit 8000 M. sofort durch. Auch sein Verlangen der 3000 M. Kosten wurde an sich für berechtigt erklärt, weil sie von ihm als notwendige aufgewendet worden seien. Dagegen wurde die Sache wegen der 3000 M. Erlösanteil, die D. nicht in Anspruch genommen hatte und worüber noch nicht genügend verhandelt worden war, zurückverwiesen, weil von einem Widerspruchsprozesse der beiden anderen Nachhypothekare E. und F. nichts bekannt war und wenn diese vielleicht auch nachträglich Bereicherungsklage gegen A. erheben könnten, A. doch auf diese 3000 M. zur Zeit noch im Teilungsplan eingesetzt sei, er also jetzt nur auf Befreiung von jenen drohenden Bereicherungsklagen, aber noch nicht auf Barzahlung gegen die B. klagen könne.

10. In **RG. 72** 49 ist das JDR. **8** § 115 Ziff. 20 erwähnte Urteil betr. die Einrede der Rechtshängigkeit gegen Widerspruchsklagen abgedruckt.

11. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1022, R. **10** Nr. 3007, 3059. Die zur Pfändung einer Eigentümergrundschuld nötige Herausgabe des Hypothekenbriefes (**RG. 55** 378, **56** 13, 184, **59** 313, **70** 279) kann durch Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs nicht ersetzt werden (**RG. 63** 217). Ist die Hypothek nur teilweise zur Eigentümergrundschuld geworden, so steht dem Eigentümer gegen den Gläubiger kein Anspruch auf Herausgabe des Briefes oder Mitbesitz an ihm, sondern nur ein solcher auf Herstellung eines Teilbriefes zu. Die Abtretung dieses Anspruchs ersetzt

aber nicht die körperliche Briefübergabe (**RG. 69** 36). Wie das RG. ferner (WarnE. **08** Nr. 642) ausgesprochen hat, schützt die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. den Vormerkungsberechtigten zwar nicht gegen das Entstehen einer Eigentümergrundschuld, aber in der Weise, daß sie eine ihn beeinträchtigende Verfügung darüber hindert und Dritte (Zessionare, Pfändungsgläubiger) verpflichtet, ihre Zustimmung zur Löschung zu geben. Dasselbe muß auch vermöge des Surrogationsgrundsatzes dann gelten, wenn der auf eine derartige, durch Löschungsvormerkung beschränkte Eigentümergrundschuld treffende Erlösanteil nach dem Zuschlage gepfändet worden ist. Aus diesen Gründen hat der bei Hypothek Nr. 3 löschungsberechtigte Gläubiger der Hypothek Nr. 5 den ihren Vorrang beanspruchenden Dritten, die Pfändungen bei Nr. 3 erwirkt hatten, mit Recht widersprochen. Die zwischen beiden Hypotheken stehende Hypothek Nr. 4 hinderte dies nicht, weil deren Gläubiger im Teilungstermin erklärt hat, zugunsten der Hypothek Nr. 5 auf seine Hypothek nichts anzumelden. Diese Erklärung hatte nicht die Bedeutung eines Verzichts (§ 1168 BGB.), sondern nur die des Ausscheidens der Hypothek Nr. 4 aus dem Teilungsverfahren, was das Vorrücken der Post 5 zur Folge hatte.

12. ➽ **RG.** 11. 6. 10. Auf dem Grundstücke des Klägers A. stand I. eine Rente des X. im Kapitalswerte von 6853,12 M., zu deren Wegschaffung der Beklagte B. vertragsmäßig verpflichtet war, II. eine Kaufgeldhypothek des B. von 25 000 M., III. eine Kaufgeldhypothek des C. zu 3000 M. In der ZwV. erstand B. das Grundstück für 34 400 M., die Rente I kam voll zur Hebung, B. meldete für seine Hypothek II 26 429,75 M. an. Widerspruchsweise verlangte aber A. davon 6853,12 M. wegen der Verpflichtung des B., die Rente zu beseitigen. Er drang damit vor dem RG., das unter anderen folgende Gründe gab, bis auf 78,14 M. durch. Der Einwand des Beklagten, er hätte vertragsmäßig die Rente nur im (nicht eingetretenen) Falle der Bebauung des Grundstücks und der Eintragung einer neuen festen Hypothek zu beseitigen brauchen, ist belanglos, weil B. ja auch ohne solche neue Hypothekbestellung mit seiner Kaufpreisforderung jetzt nahezu gedeckt wird. Unerheblich ist angesichts des unangefochten gebliebenen Zuschlags auch seine Einrede, daß sein Meistgebot den Wert des Grundstücks erheblich überstiegen habe. Nur zu 78,14 M., womit der Anmeldungsbetrag des B. ausfiel, ist Klägers, des persönlichen Schuldners, Widerspruch unbegründet. Der ursprünglich von C. erhobene, aber vom ZwVRichter wegen jedenfalls gegebener Unzulänglichkeit der Masse für C. sofort zurückgewiesene (und nicht weiter verfolgte) Widerspruch kommt nicht in Betracht unbeschadet des Fortbestandes der persönlichen Forderung des C. — Daß Klägers Widerspruch nur auf obligatorische Rechte gestützt ist, schadet ihm nach bekannter Rechtsprechung nichts (**RG. 65** 64, **71** 426). Red. ⇐

13. **RG.** R. **10** Nr. 2877. In einem weiteren Revisionsurteile zu der in JDR. **8** § 115 Ziff. 4 erwähnten Sache wurde unter anderem ausgesprochen: Aus allen Umständen ist zu folgern, daß das (zweite) Verteilungsverfahren vom 9. November 06 eine Fortsetzung und Ergänzung des früheren Verfahrens war und nach Absicht aller Beteiligter endgültig feststellen sollte, wem die Streitmasse zunächst zuzuweisen sei und wer seinen Widerspruch dagegen im Wege der Klage zu verfolgen habe. Diese Obliegenheit hat das Vollstreckungsgericht den jetzigen Klägern auferlegt. Ihre Klage kennzeichnet sich daher als Widerspruchsklage aus § 878 Ziff. 1 ZPO. auch hinsichtlich der vom Gerichte nicht ausdrücklich benannten Widerspruchsgründe. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob die Klage auch als Bereicherungsklage aus dem besseren Rechte vor Auszahlung der Masse sich rechtfertigen ließe.

14. ➽ **RG.** 25. 6. 10. Für A. war bei der ihm vorgehenden Hypothek des X. zu 200 000 M. Löschungsvormerkung und im Nachrang eine Hypothek von 20 700 M. eingetragen. Mit dieser trat er hinter 15 000 M. Hypothek der Klägerin B. zurück, vereitelte aber für die alsbald eingeleitete ZwV. die Wirkung dieser Vorrangs-

einräumung dadurch, daß er die bei den 200 000 M. entstandene Teil-Eigentümergrundschuld von 25 000 M. für sich pfänden und sich überweisen ließ und dann 17 000 M. davon mit Vorrang an den gutgläubigen C. zedierte, dem der Betrag in der Teilung zugewiesen wurde. Das RG. ließ es dahingestellt, ob die B. überhaupt einen (wegen Vorgehen des C. nutzlosen) Widerspruch gegen den Plan in der Richtung gegen A. erheben konnte, es entschied auch nicht endgültig die Frage, ob A. arglistig oder sogar vertragswidrig gegen B. gehandelt habe, sondern es billigte den äußerlichen Klagabweisungsgrund des OLG., daß in der zweitinstanzlichen Umänderung des ursprünglich auf Auszahlungsbewilligung des A. gerichteten Klagantrags in den Antrag, A. solle Auszahlungsbewilligung des C. bewirken, eine unzulässige Klagänderung liege. Red. ←

15. OLG. **20** 384, R. **10** Nr. 2695 (KG.). Die Frist für die sofortige Beschwerde wider den gegen Verfahrensvorschriften verstoßenden Teilungsplan beginnt erst mit dessen Zustellung. Auch gegen das Ersuchschreiben nach § 130, das Jaeckel-Güthe mit Unrecht als eine bloße Verwaltungsmaßregel erklärt, findet sofortige Beschwerde (nicht zuerst Erinnerung nach § 766) ZPO. statt. → Den weiteren Inhalt dieser Entscheidung s. § 130 Ziff. 1. Andere Meinung über die Frist s. Ziff. 21! Red. ←

16. **RG.** SächsRpflA. **10** 562, WarnE. **10** 507, R. **10** Nr. 4167. Allerdings ist im Verteilungsverfahren der Versteigerungserlös lediglich unter die im Sinne des § 9 Beteiligten, die auch allein widerspruchsberechtigt sind, zu verteilen (RG. **71** 426). Aber die Klägerin ist als (fast gänzlich ausgefallene) Nachhypothekarin Beteiligte und sie konnte gegenüber dem an besserer Stelle eingetragenen, für den Beklagten gepfändeten Rechte auch obligatorische Ansprüche (ein mit dem Beklagten geschlossenes pactum de cedendo) geltend machen (**RG. 71** 426, JW. **02** 170, **06** 29).

17. **RG.** JW. **10** 1010, WarnE. **10** 507, R. **10** Nr. 4009. Der Käufer A. hatte an der übernommenen Hypothek Abzahlungen von 4700 M. geleistet, ehe er die Auflassung erhielt. In der ZwV. gegen den Verkäufer B. wurden die 4700 M. der Konkursmasse des A. zugeteilt. Die Widerspruchsklage des nachstehenden Hypothekgläubigers C. hiergegen war abzuweisen, ohne daß auf die Frage einzugehen war, ob A. nach §§ 1150, 268 BGB. den Hypothekbetrag erworben hat. Denn jedenfalls hätte ihn B. als Eigentümergrundschuld gemäß §§ 1163, 1177 das. erworben und es ist feststehende Rechtsprechung, daß der Widerspruch nicht auf bloße Nichtberechtigung des Voreingesetzten, sondern nur auf Beeinträchtigung des eigenen Rechtes gestützt werden kann.

18. Woerner, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek, SeuffBl. **10** 606, bespricht die dabei sich für die ZwV. ergebenden Schwierigkeiten, die nach den aus § 881 BGB. zu entnehmenden Grundsätzen zu lösen seien, daß 1. die Rechte der Zwischenhypothek (b) durch die Eintragung der Hypothek mit dem vorbehaltenen Range (c) in keiner Weise berührt werden, daß aber auch 2. die erste Hypothek (a) durch die Eintragung der Zwischenhypothek (b) nicht beeinträchtigt wird. Er gibt eine Tabelle für die Erlösverteilung und gelangt dabei zu dem verblüffenden Ergebnisse, daß eine Hypothek (c) unter Umständen bei einem geringeren Erlöse mehr als bei einem größeren erhält. (S. Ziff. 20!)

19. → **RG.** 12. 11. 10. In einem Verteilungsstreit über Ausfüllung einer durch Löschungsvormerkung beschränkten Baugelderhypothek wurde ausgesprochen, daß ohne besondere Abmachung der Baugeldgeber die Verwendung der dem Eigentümer gegebenen Darlehen nicht zu überwachen brauchte und daß nach Verkehrssitte etwa auch Provisionen und unter Umständen auch zur Abwendung der ZwV. gezahlte Hypothekzinsen unter die Baugelder eingerechnet werden dürfen. (Ähnlich Dresden, SächsRpflA. **10** 479, das Valutierung einer derartigen Hypothek auch durch Zessionare, die Baustoffe liefern, zuläßt.) Red. ←

20. Meiser, Zu § 881 BGB., ZBlFG. **11** 296, bespricht unter Bezugnahme auf Serinis Schrift „Rangvorbehalt und Zwischenhypothek“, die großen Schwierigkeiten der Frage und gibt mit Beifügung vieler Zahlenbeispiele folgende Hauptgrundsätze: I. Zu unterscheiden sind das vorbehaltsbelastete Recht A., das vorbehaltsbegünstigte Recht C., das Zwischenrecht B. Durch Mehrheit der Rechte A. oder B., durch Teilung oder Erhöhung des Rechtes C. usw. können verschiedene Sonderfälle entstehen. Die kaum noch erörterte zweifelhafte Frage der Nebenforderungen hierbei wird dahin zu beantworten sein, daß im Zweifel der Vorbehalt allen Beträgen zukommen soll, die in der ZwV. vom Gläubiger angemeldet werden, mögen sie auch etwa durch die Klassen 5—7 des § 10 voneinander getrennt sein. Der Vollstreckungsrichter hat, soweit nicht Einigung der Parteien vorliegt, den Verteilungsplan nach Grundbuch und §§ 10 ff., 110, 113 aufzustellen. II. a) Der § 881 Abs. 4 BGB. trifft die gleichfalls vorbehaltsbelasteten Zwischenrechte, die keine Schwierigkeiten bieten, nicht. b) die Ausgleichung der Verschiedenheit zwischen § 150 BayHypG. und §§ 881 Abs. 4, 880 Abs. 5 BGB. verfolgt Art. 58 BayÜbG. c) Wenn der Versteigerungserlös die Rechte A., B., C. deckt, oder nur A., oder dies nicht ganz, so kommt § 881 Abs. 4 nicht zur Anwendung, wohl aber d) dann, wenn sich die Erlöshöhe zwischen folgenden zwei Grenzpunkten — diese ausgenommen — bewegt, nämlich dem Betrage von A. und der Summe A+C+B. α. Zunächst ist A. vom Erlös abzuziehen und der Rest zur Deckung des Zwischenrechts B. zu verwenden. β. Der Betrag A. und der nach Deckung von B. etwa übrig bleibende Betrag dienen zusammen zur Befriedigung von A. und C., wobei das vorbehaltsbegünstigte Recht C. natürlich mehr als volle Deckung nicht erlangen kann. γ. Hierbei hat aber möglicherweise die durch § 881 Abs. 4 aaO. gebotene Korrektur einzutreten. Sofern nämlich C. und B. zusammen einen höheren Betrag zugewiesen erhielten, als die Vorbehaltssumme ausmacht, so ist insoweit der dem Rechte C. zugewiesene Erlösbetrag zu kürzen und der dem vorbehaltsbelasteten Rechte A. zugewiesene Betrag hierum zu erhöhen. δ. Bei vorstehender Korrektur kann (wenn auch selten) das Recht A. überdeckt werden. Dieser Überdeckungsbetrag ist dem vorbehaltsbegünstigten Rechte C. zuzuweisen. e) Die für jedes der drei Rechte endgültig festgestellten Verteilungsbeträge müssen zusammengezählt den zu verteilenden Erlös ausmachen. (Es folgen nun die Zahlenbeispiele.) IV. Unzweifelhaft bezieht sich § 881 Abs. 4 BGB., was außer Planck die materiell-rechtliche Literatur fast nicht beachtet, sowohl auf die Verteilung, als auf den Rang. Die praktische Bedeutung der (hiernach gebotenen) Rangausscheidnng beschränkt sich auf die Feststellung des geringsten Gebots. (Weiter geht Serini 30.) Hat das Zwischenrecht vom Erlöse nichts erhalten, dann ist die Rangfolge natürlich C., A. ➛ Für die anderen Fälle, wo das Zwischenrecht mit irgendeinem Betrage zur Hebung kommt und auch das begünstigte bzw. belastete Recht nicht auf 0 sinkt, werden kasuistische Sätze mit Zahlenbeispielen aufgestellt und für das geringste Gebot das § 44 Ziff. 3 Enthaltene im allgemeinen bemerkt. (Vgl. auch Ziff. 18!) Red. ⟵

21. OLG. **20** 391, R. **10** Nr. 2695 (Braunschweig). Der beklagte ZwVRichter hatte irrtümlich für 12 000 M. Bargebot statt für 6000 M. Bargebot und Hypothekstehenbleiben zugeschlagen. Der Zuschlag erlangte die Rechtskraft, im Teilungsplane wurden aber gleichwohl nur 6000 M. Bargebot zugrunde gelegt. Dennoch wurde die Klage des hierdurch geschädigten Hypothekgläubigers abgewiesen, weil er weder sofortige, schon von Verkündung des Planes der Frist nach laufende Beschwerde, noch Widerspruchsklage gegen den Verteilungsplan rechtzeitig erhoben hat. (AM. über Frist s. oben Ziff. 15!)

22. Neumann, R. **10** 843. Ob bei der ZwV. von Grundstücken gegen die Einstellung oder Nichteinstellung von Kosten in den Verteilungsplan Beschwerde oder nur Prozeßweg zulässig sei, ist streitig. Die Breslauer amtsgerichtliche Praxis neigt sich der letzteren Alternative zu. (S. oben § 114 Ziff. 1!)

23. **RG.** JW. **11** 160, R. **11** Nr. 613. Der Beklagte hatte für die Klägerin Hypothekzinsen, wofür sie noch persönlich haftete, bezahlt und die Klägerin ihm dafür Abtretung der bezahlten Zinsbeträge für den ZwVFall versprochen. Er erhielt diese Beträge im Teilungsplane vor der Nachhypothek der Klägerin zugeteilt, deren Widerspruchsklage hiergegen wurde abgewiesen und dabei ua. ausgeführt: Nach §§ 9, 15 ZVG. mit § 876 ZPO. ist der Erlös nur an „Beteiligte", nicht an bloß persönlich Berechtigte zu verteilen. Auch zum Widerspruche gegen die Anmeldung eines Beteiligten ist nur berechtigt, wer an sich ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse hat und durch das Recht des Gegners verdrängt wird. Hierbei kann sich der Widersprechende allerdings auch auf persönliche Verpflichtungen des Gegners stützen (**RG. 71** 426, JW. **02** 170, **06** 29). Da aber hier das Vollstreckungsgericht den Beklagten als Beteiligten behandelt und die bestrittenen Hypothekenzinsbeträge, wenn er sie auch in Wirklichkeit nicht erworben hatte, ihm im Vorrange vor der Klägerin zugeteilt hatte, so kann sich der Beklagte auch im Verteilungsstreite mit der persönlichen Übertragungsverpflichtung der Klägerin mittels des Einwandes der Arglist verteidigen.

24. Josef, LeipzZ. **10** 383, 388. Im allgemeinen sind Klagen, die der Gemeinschuldner wegen der Konkursmasse erhebt, als unzulässig abzuweisen. Dagegen haben das Verteilungs- und das Registergericht, denen in den Fällen des § 878 ZPO. (§ 115 ZVG.) und des § 127 FGG. der Nachweis der Klagerhebung zu führen ist, die Klage auch dann als rechtswirksam erhoben anzusehen, wenn sie vom Gemeinschuldner erhoben ist. Denn diesen Gerichten steht eine Sach- und Klagebefugnis-Prüfung nicht zu.

25. Schulz, AZivPr. **105** 420, führt gegen das Urt. **RG. 69** 245 (JDR. 8 § 115 Ziff. 8), wodurch dem Gläubiger irrig gelöschter Vorhypotheken ein Ersatzanspruch gegen den Erlösempfänger versagt worden ist, aus, daß es dem letzteren an jeder causa des Erwerbes fehle und daher ein Rückforderungsrecht gegen ihn gegeben sei.

26. ➻ **RG.** 21. 12. 10. Der Bank A. hatte B. für ihre Höchstbetragshypothek zu 24 000 M. den Vorrang gegen gleichzeitige Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. eingeräumt. Die A. übertrug die Höchstbetragshypothek, ohne eine Forderung gegen die Eigentümerin C. zu haben, an D. und dieser, der ebenfalls keinen Gegenwert gab, in Teilbeträgen an E., F. usw. In der ZwVTeilung hatte B. auf Grund seiner Löschungsvormerkung den Teilzessionaren E., F. usw. vorzugehen, weil die Hypothek von 24 000 M. unter A. und D. nicht valutiert, also Eigentümergrundschuld geblieben war und daher nicht zu B.s Nachteil mit Vorrang vor diesem abgetreten werden konnte, zumal zur Zeit der Teilzessionen auch das Kreditverhältnis zwischen A. und C. vollständig gelöst war. Red. ⤙

27. Bauforderungen § 48 Ziff. 1. Auflassungsvormerkung § 92 Ziff. 1. Widerspruch gegen eine stehenbleibende Hypothek § 130 Ziff. 1. Anmeldung §§ 110, 114, 137 Ziff. 1; 9 Ziff. 3. Bauvorschüsse § 152 Ziff. 5. Nachrücken bei Erlösverzicht § 91 Ziff. 7. Hypothekanfechtung § 107 Ziff. 3. Beschwerde gegen den Plan § 114 Ziff. 1, § 130 Ziff. 1, § 155 Ziff. 1. Vermeintliche Unsicherheit des Berechtigten § 117, § 126 Ziff. 1. Vorgehendes Fensterrecht § 92 Ziff. 2. Hypothekzahlung durch den Subhastaten § 91 Ziff. 11. Altenteil, Gesamtgläubigerschaft § 92 Ziff. 3. Bereicherungsklage § 55 Ziff. 10.

§ 117. **RG. 73** 298, JW. **10** 588, R. **10** Nr. 2062. An den Zessionar, der den Brief vorlegt und sich gemäß § 1155 BGB. legitimiert, ist auszuzahlen, auch wenn er sein Recht niemals angemeldet hatte und auch wenn die Zession etwa erst nach dem ZwVTermin unmittelbar vor der Auszahlung erfolgte. Bei der Buchhypothek ist der zur Zeit der Auszahlung im Grundbuch eingetragene Hypothekargläubiger berechtigt. In beiden Fällen ist der Gläubiger im Sinne des § 126 nicht

„unbekannt". Er ist es nur dann, wenn der vor dem Versteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragene Inhaber einer Briefhypothek den Brief nicht vorlegt.

§ 118. 1. ➠ **RG.** 19. 2. 10. Der Hypothekengläubiger A. hatte mit dem ihm nachgehenden Hypothekengläubiger B. vereinbart, daß dieser das (auf nur 178 000 M. geschätzte) Grundstück für 255 000 M. ersteigere, er (A.) selbst aber 10 000 M. an seiner dann zur Hebung kommenden Hypothek von 75 000 M. nachlasse und die halben ZwVKosten trage. Im Teilungstermin übertrug der ZwVRichter die 10 000 M. zunächst gemäß § 118 auf A., dieser verzichtete aber sofort auf die Übertragung. Gleichwohl erachtete sich der persönliche Schuldner C. von der Schuld für die 10 000 M. befreit. Das LG. Leipzig wies aber am 10. 7. 09 seine darauf gerichtete Klage ab und das OLG. und RG. verweigerten dem C. das Armenrecht. (Er konnte weder den § 118 ZVG., noch die §§ 328 ff., 414, 423, 1165 BGB. zu seinen Gunsten geltend machen.) Red. ⟵

2. * Hirsch aaO. I 381/5. Durch die „Übertragung" der Forderung gegen den Ersteher wird das einstige Grundpfandrecht, jetzige Forderungspfandrecht (vgl. oben § 92 Ziff. 4!), zunächst nur verstärkt durch ein Wartrecht auf Erwerb der belasteten Forderung. Erst 3 Monate nach der Übertragung erwirbt der einstige Grundpfandgläubiger die übertragene Forderung.

3. Aufrechnung § 107 Ziff. 1. Widerspruch gegen eine stehenbleibende Hypothek § 130 Ziff. 1. Kein Einfluß auf die Verwaltung § 94 Ziff. 1. Im allgemeinen s. § 128!

§ 122. AnteilsZwV. § 16 Ziff. 1 und 3. S. im allgemeinen auch § 64!

§ 124. Beispiel bedingter Zuteilung § 130 Ziff. 1.

§ 126. 1. ZBlFG. **11** 157 (LG. Zwickau). a) Die Hypothek der K. war statt dem S., als eigentlichen Gläubiger der K., sofort dem B. als Gläubiger des S. mittels Grundbucheintrags verpfändet worden. Das AG. hat die auf die Hypothek zur Hebung gekommenen 2425 M. „wegen Unsicherheit des Bezugsberechtigten" hinterlegt, dabei aber den Abs. 1 des § 126 nicht befolgt, wonach im Teilungsplane festzustellen ist, wie der Betrag verteilt werden soll, wenn der Berechtigte nicht ermittelt wird. Ein Fall des § 126 lag aber überhaupt nicht vor. Je nach Fälligkeit oder Nichtfälligkeit der gesicherten Forderung war B. allein oder gemeinschaftlich mit der K. hebungsberechtigt. §§ 9 Ziff. 1; 10 Ziff. 4 ZVG., 1273, 1282, 1228, 1281 BGB. Aber den einmal eingeschlagenen Weg fortsetzend, muß jetzt das AG. gemäß §§ 135, 137, 117 durch einen Nachtrag zum Teilungsplane die unterlassene Zuteilung an den zu ermittelnden Berechtigten nachholen und Auszahlung an ihn anordnen vorbehaltlich neuen Widerspruchs der K., die schon im Teilungstermine Widerspruch erhoben hatte. b) Das AG. hat hierauf den S. als Berechtigten ermittelt. Die K.sche Beschwerde hiergegen wurde mit der Ausführung zurückgewiesen, daß die K. gegen den erst anzufertigenden Nachtrag zum Teilungsplane Widerspruch und Widerspruchsklage nötigenfalls zu erheben habe. An sich würde ihr die Frist von der Zustellung der Ermittelung nach § 137 Abs. 2 gelaufen sein, aber nun könne der Fristenlauf erst mit dem Erlasse der den Widerspruch bedingt beachtenden und seine Folgen feststellenden Entscheidung beginnen.

2. Briefhypothekar § 117.

§ 128. 1. KGJ. 38 B 40. Wird auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts eine Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher wegen des nicht berichtigten Bargebots eingetragen, so haftet nach § 1 PrGKG. für die Eintragungsgebühr auch der Gläubiger, zu dessen Gunsten die Hypothek eingetragen worden ist.

2. ➠ **RG.** 14. 12. 10. Kläger A. hatte sein Meistgebot zu 149 000 M. an die B. abgetreten, die den Zuschlag erhielt. Für rückständige Abgaben an die Gemeinde C. wurden 3690 M. gemäß § 128 eingetragen. Der Beklagte D. ließ sich die Rechte der C. abtreten und erhielt in der neuen ZwV. für 149 500 M. den Zuschlag unter

der Bedingung des Wegfalls aller eingetragenen Rechte. Sodann erklärte er Verzicht und Löschungsantrag wegen der 3690 M. und rückte dementsprechend bei der Verteilung mit seiner Nachhypothek vor. Die Feststellungsklage des A., dem D. den vollstreckbaren Zuschlagsbeschluß hatte zustellen lassen, gegen D. darauf, daß dieser keine Ansprüche gegen ihn habe, hatte in 3 Rechtszügen Erfolg, beim RG. aus folgenden Gründen: Es bedarf der Analogie des § 1165 BGB. gar nicht. Da die Eintragung der Übertragung der 3690 M. auf D. im Grundbuche nicht erfolgt war, so hatte D. überhaupt keine Rechte daraus erlangt, durfte sich also auch keine vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses erteilen lassen. War aber D. dennoch, etwa nach §§ 268, 1150 BGB. Gläubiger geworden, dann schlägt sein im ZwVVerfahren erklärter Verzicht nach dem unmittelbar anzuwendenden § 1165 aaO. durch. Red. ←

3. Bedingte Zuteilung § 130 Ziff. 1. Vollzug der Übertragung § 130 Ziff. 3 Wiederversteigerung §§ 53 Ziff. 1; 133 Ziff. 1. Im allgemeinen s. § 118.

§ 130. 1. OLG. **20** 384, ZBlFG. **11** 37, DJZ. **10** 485, R. **10** Nr. 1815, 2696 (KG.). Ist im Verteilungstermin gegen eine nach Vereinbarung stehen bleibende Hypothek von einem Dritten Widerspruch erhoben worden, so ist im Grundbuch einzutragen: a) Vermerk dieses Widerspruchs und daß bei dessen Sieg die Hypothek zu löschen ist; b) Sicherungshypothek für den dem Widersprechenden unter der Bedingung seines Obsiegens überwiesenen Anspruch in Höhe der mit Widerspruch belegten Hypothek, wobei erhellen muß, daß bei Unterliegen des Widersprechenden diese Sicherungshypothek wieder zu löschen ist und daß das Grundstück überhaupt nur einmal belastet ist, nämlich entweder mit der vom Ersteher übernommenen Hypothek oder mit der Sicherungshypothek. — Wegen Nichteinhaltung dieses gesetzmäßigen Verfahrens ist die sofortige Beschwerde gegen den Teilungsplan zulässig. (Dieselbe Entscheidung s. § 115 Ziff. 15 teilweise.)

2. Krause, Der Reichsstempel und der Versteigerungsrichter, DJZ. **10** 528, begründet folgenden Satz: Der Grundbuchrichter ist nach § 85 Abs. 3 RStG. nicht verpflichtet, den Eingang des Reichsstempels nachzuprüfen. Wohl aber macht sich der ZwVRichter aus § 86 Abs. 1 c das. verantwortlich, der vor Zahlung oder Sicherstellung des Reichsstempels die Eintragung der Rechtsveränderung in das Grundbuch veranlaßt. → Demgegenüber führt Ricks 585 daselbst aus, daß der Grundbuchrichter den § 85 Abs. 3 stets anzuwenden habe, wenn ihm die Nichtsicherstellung des Reichsstempels bekannt sei. S. Ziff. 6! Red. ←

3. du Chesne, Das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan, ZBlFG. **11** 1 (13). a) Die Eintragung des Erstehers und die Löschung des ZwVVermerkes und der erloschenen Rechte sind, obwohl an sich nur deklarativ, Vollstreckungshandlungen. b) Die Eintragung übertragener Forderungen nach § 128 wirkt konstitutiv, ist daher noch mehr Vollstreckungshandlung. Zu a ist Grundlage der Zuschlag. Ersuchen um Eintragung eines nicht durch den Zuschlag, sondern etwa erst durch nachträgliches Privatgeschäft berechtigten Eigentümers kann das ZwVGericht nicht stellen und hat das Grundbuchamt zurückzuweisen. Ähnliches gilt zu b für Ersuchen des ZwVRichters, die nicht auf §§ 128 oder 91 Abs. 2 u. 130 Abs. 2 beruhen. So praktisch es auch oft zu sein scheint, darf doch der Vollstreckungsrichter nach § 29 GBO. Parteierklärungen, die über den bezeichneten Rahmen hinausgehen, nicht aufnehmen und an das Grundbuchamt übermitteln.

4. Kranichfeld, Zum Widerspruchsvermerk im Grundbuche, SächsRpflA. **10** 393. Am 22. Dezember 1908 beantragte die Miteigentümerin D., eine erloschene Arrest-Sicherungshypothek zu 20 000 M. auf ihrem halben Grundstücksanteil auf sie zu überschreiben, am 24. dess. Mts. ging das Ersuchen des ZwVRichters ein, als Eigentümer des ganzen Grundstücks den Ersteher K. einzutragen. Beide Einschreibungen hat das Grundbuchamt am 29. Dezember 1908 vollzogen. K. verlangte

sodann Umschreibung der 20 000 M. auf sich oder doch Widerspruchseintragung gegen deren Überschreibung auf die D. Gegen den die Widerspruchseintragung bewilligenden Beschluß des KG. vom 10. 5. 09 (RJA. **09** 160, KGJ. **38** A 276) führt Kranichfeld neben anderen Bedenken 397 folgendes aus: Das Grundbuchamt ist völlig den gesetzlichen Vorschriften gemäß verfahren. Solange die D. noch als Miteigentümerin eingetragen war, mußte sie das Grundbuchamt trotz des ZwVVermerkes als Berechtigte ansehen, es durfte von seiner privaten Kenntnis vom Zuschlag an K. keinen Gebrauch machen, da es höchstens den Vollzug absolut nichtiger Geschäfte ablehnen kann, im übrigen aber den Beteiligten es überlassen muß, ihre Rechte zu wahren. Hieran änderte nach § 17 GBO. der Umstand nichts, daß vor Erledigung des D.schen Antrags das Ersuchen des ZwVRichters einging.

5. R. **10** Nr. 3823 (BayOLG.). Auch der Rangeinräumungsverzicht (die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB.) fällt unter das Löschungsersuchen des Vollstreckungsgerichts, das den Zweck hat, alle eingetragenen oder vorgemerkten Rechte, die erloschen sind, zu beseitigen.

6. Oppenheimer, BadNotZ. **10** 19. Durch §§ 85, 86 RStempG. v. 15. 7. 09 ist die Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses und die Eintragung des Erstehers im Grundbuch im ZwVVerfahren nicht gehindert. →→ Ebenso BadJustMin. und Schilling das. 155, jedoch nicht ohne einige Bedenken. S. auch Ziff. 2! Red. ←←

7. ElsLothNotZ. **10** 115 (LG. Saargemünd). a) Das ZwVVerfahren ist durchgeführt, wenn sämtliche betreibende Gläubiger mittels des baren Versteigerungserlöses befriedigt worden sind. b) Der Vollstreckungsbeamte in Elsaß-Lothringen muß das Grundbuchamt ersuchen, den Versteigerungsvermerk auch auf denjenigen Grundstücken zu löschen, die nicht zugeschlagen worden sind. (Der Einsender dieser Entscheidung verlangt aber, daß der Notar dem Grundbuchamte den amtlichen Nachweis mitvorlegt, daß die Befriedigung des oder der betreibenden Gläubiger vollständig erfolgt ist.)

8. Vorherige Hypothekbestellung § 90 Ziff. 2. Schuldübernahme § 53 Ziff. 2. Kosten § 128 Ziff. 1, § 180 Ziff. 12. TV. bei Gesellschaft des BGB. § 180 Ziff. 14. Nichtzahlung des Stempels §§ 133 Ziff. 1; 93 Ziff. 1.

§ 132. Verzicht auf Haftung des Meistgebotszedenten § 128 Ziff. 2.

Vorbemerkung: Die Fälle §§ 133 Ziff. 1, 130 Ziff. 2, 93 Ziff. 1 beweisen die Schwierigkeiten, die aus dem Abhängigmachen der Zuschlagsausfertigung und Eigentumseintragung von der Stempel- oder Gebührenzahlung sich ergeben können. Der nächstliegende Ausweg scheint der, daß der nächstbeteiligte Gläubiger selbst etwa gegen Abtretung der fiskalischen Forderung, den Stempel und die Gebühren zahlt, die Erledigung des Zuschlagsbeschlusses dadurch herbeiführt und, sofern er Deckung seiner Auslage zu erwarten hat, neue ZwV. nach §§ 118 Abs. 2, 133 beantragt. Vgl. v. d. Pfordten, ZVG. zu §§ 132, 133 und § 128 Ziff. 2 oben!

§ 133. 1. HessRspr. **11** 54 (LG. Darmstadt). Der betreibende Gläubiger beantragte, nachdem der Ersteher den Hess. Zuschlagsstempel nicht bezahlt hatte und daher Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses nicht zu erlangen war (vgl. § 93 Ziff. 1!), abermalige ZwV. gegen den noch im Grundbuch eingetragenen Subhastaten. Der Antrag war aber abzuweisen, weil auch ohne Überschreibung im Grundbuche das Eigentum nach § 90 auf den Ersteher übergegangen, nach § 91 die alte Hypothek des Antragstellers erloschen ist und seiner persönlichen Forderung der Zuschlag als ein die ZwV. hinderndes Recht (§ 83 Ziff. 5) entgegensteht. Auch § 133 ändert hieran nichts, da auch er eine Wiederversteigerung gegen den früheren Eigentümer nicht zuläßt.

2. Nichtzahlung von Stempeln s. auch § 130 Ziff. 2, 6, § 93 Ziff. 1.

§ 135. Bürgeneintritt § 110 Ziff. 2. Nachholung des Verfahrens § 126 Ziff. 1. Briefhypothekar § 117.

§ 137. Frist des Abs. 2 § 126 Ziff. 1.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. 1. **RG.** (Straff.) DJZ. **10** 371. Der Angeklagte durfte nach § 137 StGB. nicht verurteilt werden, ohne daß festgestellt war, daß die vom Zwangsverwalter mit in Besitz genommenen, vom Grundstückseigentümer trotzdem verkauften 2 Schweine in das Eigentum des letzteren gelangt waren. War dies nicht der Fall, so waren sie nach § 1120 BGB. von der Beschlagnahme nicht mitergriffen. Die bloße Besitzergreifung des Zwangsverwalters genügte nicht. Ein besonderer behördlicher Akt der Beschlagnahme der Schweine steht nicht fest.

2. Salinger, Die Sicherung des Baugeldgebers durch Hypothek und Nießbrauch, JW. **10** 459. Nießbrauchs- (neben Hypothek-)Bestellung schützt den Baugeldgeber besser als Mietzinspfändung oder Zwangsverwaltung. Sie ist an sich nicht unsittlich oder wucherisch, kann es aber unter Umständen sein. Spätere Gläubiger müssen wissen, daß sie nun aus dem Grundstücke nichts zu erwarten haben. Frühere können sich durch Anfechtungsklage, und, wenn mit Hypothek versehen, durch erfolgreiche, dem Nießbrauche vorgehende ZwV. oder ZwVerw. sichern. § 1024 Abs. 2 kommt gegen vorgehende Hypothekgläubiger dem Nießbraucher nicht zugute, wenn jene die ZwVerw. betreiben. Durch Mietzinspfändung jedoch erreichen sie dem Nießbrauche gegenüber nichts. — Der Ansicht des **RG.** (JW. **09** 726), daß der Nießbraucher nach BGB. § 1047, wenn nötig, auch aus eigenen Mitteln die Lasten des Grundstücks zu tragen habe, kann nicht beigetreten werden. (Dagegen **RG. 56** 390). AM. s. § 148 Ziff. 4!

3. SächsOLG. **31** 199, OLG. **20** 343, ZBlFG. **10** 639. Für die ZwVerw. kommt § 55 Abs. 2 nicht in Betracht. Hier ist ein Eingriff in das Eigentum eines Dritten nur in der Weise denkbar, daß der ZwVerwalter das Zubehörstück unbefugt in Besitz und Benutzung nimmt. Dies kann jedoch lediglich die Eigentumsklage des § 985 oder 1004 BGB. gegen den Verwalter und nicht auch gegen den die ZwVerw. betreibenden Gläubiger begründen. (Vgl. § 152 Ziff. 7!)

4. PosMSchr. **10** 10 (Königsberg). Zum Schutze des Hypothekgläubigers gegen den Eigenbesitzer eines Grundstücks kann durch einstweilige Verfügung die ZwVerw. angeordnet werden (§§ 1134 BGB., 935 ff. ZPO., 146 ff. ZVG.).

5. Gärtner, Über das ZwVerwVerfahren auf Grund einer Anordnung mittels einstweiliger Verfügung, BadNotZ. **10** 13, bespricht die einschlägige Literatur und erklärt es für richtig, die Bestimmungen des ZVG. auf diese ZwVerw. sinngemäß anzuwenden. Er führt weiter aus: Das Vollstreckungsnotariat ist vom Prozeßgerichte zu benachrichtigen und hat sodann den Verwalter zu bestellen (§ 31 Ziff. 1 BadZwVVO.), dem Prozeßgerichte davon Mitteilung zu machen, Bestallungsurkunde dem Verwalter auszuhändigen und gemäß § 30 Ziff. 2 das. die im § 17 das. genannten Behörden usw. zu benachrichtigen. Danach wird es den Verwalter in den Besitz des Grundstücks setzen (§§ 150 Abs. 1 ZVG., 32 Ziff. 1 ZwVVO.). Der Verwalter wird, den Zweck der Anordnung und den Inhalt des anordnenden Beschlusses im Auge haltend, unter Leitung des Vollstreckungsnotariats die §§ 152 ff. ZVG. — abgesehen von der nicht in Frage kommenden Nutzungsverteilung — berücksichtigen müssen. Für Vergütung des Verwalters ist § 39 ZwVVO., für Kosten § 143 BadKG. anwendbar. Mit Veräußerung des Grundstücks endet die Verwaltung von selbst. § 26 ZVG. ist nicht anwendbar. Das Prozeßgericht hebt die ZwVerw. auf. §§ 161 Abs. 4, 28 ZVG. sind hierbei nicht anwendbar, ebensowenig § 40 Ziff. 7 ZwVVO., dagegen Ziff. 1—6 daselbst.

6. SchlHolstA. **10** 198 (Kiel). Die Tatsache, daß ein Grundstück sich im Eigenbesitz eines Dritten befindet, steht der Einleitung der ZwVerw. des Grundstücks gegen den eingetragenen Eigentümer nicht entgegen. (Dem ZwVerwalter stehen dann zwar nicht Besitzergreifung und Früchteziehung, aber alle sonstigen Befugnisse statt des Eigentümers zu.) ➠ Ebenso LG. Cöln, RheinARB. **10** 73, für Zulässigkeit der ZwVerw. trotz Nießbrauchs. S. auch § 148 Ziff. 1! Red. ⬸

7. * Hirsch aaO. I 360/8. Das durch die ZwVerwBeschlagnahme an den „Nutzungen" fertig entstandene Grundpfandrecht ist die materiell-rechtliche Basis der ZwVerw. Der betreibende Gläubiger veräußert durch den Verwalter die Fahrnis, zieht die Forderungen ein (364/6). Konkurrieren Nießbrauch und ZwVerw., so entscheidet der Rang des betreibenden Gläubigers über den Umfang der Befugnisse des Verwalters und des Nießbrauchers.

8. Konkursanfechtung § 20 Ziff. 1. Zuständigkeitsbestimmung § 2 Ziff. 1. Öfenbeseitigung § 20 Ziff. 2. Klage wegen Mietzinsen § 152 Ziff. 7. ZwVerw. gegen den Drittbesitzer § 172 Ziff. 1. Verwaltungsvollstreckung § 1 Ziff. 2. Nießbrauch § 148 Ziff. 1, 3, 4.

§ 147. Gilt nicht für die Konkursverwalter § 172 Ziff. 1.

§ 148. 1. OLG. **20** 390, R. **10** Nr. 2699 (KG.) Der Hypothekgläubiger kann von dem nachstehenden Nießbraucher Duldung der ZwVerw. verlangen, er darf sein dingliches Recht auf Befriedigung (§ 1147 BGB.) gegen jedermann, also auch gegen den Besitzer des verpfändeten Grundstücks verfolgen, dessen Recht ein schwächeres ist. (S. auch § 146 Ziff. 6!)

2. Werner, Pfändung und Abtretung von Mietzinsen, DJZ. **10** 739, bespricht deren nachteilige Folgen für die Hypothekengläubiger, namentlich den Umstand, daß diese dadurch zum Antrag auf ZwV. gedrängt und die beabsichtigten günstigen Wirkungen des geringsten Gebots zum Teil beeinträchtigt werden. Er schlägt entsprechende Änderung der Gesetzgebung in verschiedenen Richtungen vor.

3. OLG. **20** 389, DJZ. **10** 1029, R. **10** Nr. 2698, 3607 (KG.). Mangels eines vollstreckbaren Titels muß sich der Zwangsverwalter darauf beschränken, die Rechte des Eigentümers gegenüber dem Nießbraucher und den Grundstücksnachbarn auszuüben, darf aber im übrigen nicht in die Verwaltung und Nutzung des Grundstücks durch den Nießbraucher eingreifen. Auch zur Besitzentsetzung des Nießbrauchers durch einen diesem im Rechte vorgehenden betreibenden Gläubiger ist vollstreckbarer Titel nötig.

4. Jacusiel, LeipzZ. **10** 760, bedauert die auf Bauunternehmer-Grundstücken fast durchweg eingetragenen Nießbrauchsrechte, wodurch die Rechtsverfolgung gegen die Eigentümer, insbesondere die ZwVerw., erschwert werde. Er hält Erwirkung eines Titels gegen den Nießbraucher durch einen diesem nachstehenden Hypothekgläubiger im allgemeinen nur bei erfolgreicher Anfechtung für möglich, erachtet sie für den vorgehenden Hypothekar zwar für leicht, aber zeitraubend. Er stellt jedoch den Abhilfe ermöglichenden Satz auf: Hat sich der Eigentümer bei Bestellung der Hypothek in notarieller oder gerichtlicher Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so kann der Gläubiger die Vollstreckungsklausel aus dieser Urkunde auch gegen den nach eingetragenen Nießbraucher, der den Nießbrauch nach Errichtung der Urkunde noch erworben hat, erwirken und zwar auf Grund der §§ 794 Ziff. 5, 795, 727, 325 ZPO. (AM. s. § 146 Ziff. 2.)

5. HessRspr. **11** 132 (Darmstadt). Der Hypothekgläubiger hat trotz der von ihm erwirkten ZwVerw. keinen Anspruch auf nach § 1124 BGB. freie Mietzinsen, wenn die vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über diese Mietzinsen (hier deren Pfändung) durch den Konkursverwalter mit Erfolg angefochten worden ist. Nur für die Konkursmasse hat der Konkursverwalter angefochten und gesiegt.

6. * H i r s c h aaO. I 339. Der betreibende Gläubiger kann die ZwVerw. auf einzelne Nutzungen beschränken.

7. Fremdes Vieh § 146 Ziff. 1. Zurücknahme des Antrags § 20 Ziff. 1. Nutznießerklage § 152 Ziff. 1. Klage wegen Feldfrüchten § 152 Ziff. 6. Klage auf Mietzinsen § 152 Ziff. 7. Nießbrauch § 146 Ziff. 2. S. im allgemeinen auch § 57!

§ 150. Besitzergreifung § 148 Ziff. 3. ZwVerw. gemäß einstweiliger Verfügung § 146 Ziff. 5.

§ 152. 1. ➠ **RG.** 23. 3. 10. Legt der Zwangsverwalter gegen ein Urteil, wodurch er auf Klage des Nutznießers zur Unterlassung weiterer Mietzinseinziehungen, zur Rechnungslegung usw. verurteilt ist, Revision ein, so bestimmt sich die Revisionssumme nicht nach der Gesamthöhe der betreffenden Mietzinse, sondern ausschließlich nach dem Betrage derjenigen vollstreckbaren Forderungen, wegen deren die ZwVerw. stattfindet. Red. ⟵

2. SeuffA. **65** 17 (KG.). Der die ZwVerw. aufhebende Beschluß kann nur mit dem Vorbehalte gemeint und verstanden werden, daß der Zwangsverwalter die noch ausstehenden Geschäfte erledigen solle. Somit dauert das Amt des auf Herausgabe der vom Grundstücke beseitigten Fensterflügel und Türen klagenden Zwangsverwalters bis zur prozessualen Erledigung des begonnenen Rechtsstreits fort. Die genannten Sachen unterlagen als wesentliche Bestandteile nicht der Mobiliarvollstreckung (§ 856 ZPO.), und der Erstbeklagte durfte sie nicht — selbst mit Zustimmung des Eigentümers nicht — entfernen, pfänden und versteigern lassen. Er muß sie nun nach §§ 231, 229 oder §§ 823 mit 249 BGB. zurückschaffen. Auch gegen den bösgläubigen Dritten, der die Sachen von der Frau des Erstbeklagten, der Ersteherin, erwarb, war die Klage gemäß § 932 BGB. begründet.

3. OLG. **20** 193, HansGZ. **10** Beibl. 64 (Hamburg). Nach §§ 57 ZVG., 573 BGB. kann der Beklagte als Ersteher keine Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Vorausverfügung über die noch vor seinem Erwerbe fällig gewordenen Mieten entnehmen, mochten sie auch aus Mietverträgen herrühren, die während der nach der Abtretung eingeleiteten und bis zur ZwV. fortgeführten ZwVerw. der Z w a n g s v e r w a l t e r abgeschlossen hat. Der Zwangsverwalter ist nicht Vertreter des Schuldners, begründet aber durch seine Rechtshandlungen Rechte und Pflichten für den Schuldner.

4. OLG. **20** 210, HansGZ. **10** Beibl. 73 (Hamburg). Der Zwangsverwalter ist n a c h G e s e t z nicht in der Lage, die Räumung eines Ladens zu verlangen, den der Schuldner vor der ZwVerw. dem Beklagten in Erfüllung des zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrags tatsächlich eingeräumt hatte und bis zum 4. Januar 1910 in dessen Besitze zu belassen verpflichtet war. Aber abgesehen davon greift schon § 152 Abs. 2 Platz. Denn wenn der Ladeninhaber bis 4. 1. 10 auch kein Entgelt zahlen sollte, so sollte von da an doch Mietzinszahlung beginnen und lag somit ein einheitlicher Mietvertrag vor und nicht bloß zunächst Leihe, für die § 605 BGB. Platz gegriffen hätte.

5. **RG. 73** 397, JW. **10** 718, R. **10** Nr. 2434, 2689, 2700, 2701. Eine nach § 153 geschehene gerichtliche Anweisung zum Ausbau halbfertiger Gebäude bindet die in der ZwVerw. nicht zugezogenen Hypothekgläubiger nicht. Sie mögen das Vorstellungsrecht nach § 766 ZPO. und das Beschwerderecht gegen solche Anweisung haben, was aber nicht genügt, zumal sie meist von der Anweisung nichts erfahren. Deshalb kann im späteren Verteilungsstreite die Notwendigkeit des Hausausbaues noch nachgeprüft werden. Hierbei kommt aber nicht nur die Frage der Erhaltung des bestehenden Zustandes, sondern auch die der ordnungsmäßigen Nutzung in Betracht, zumal, wenn die ZwVerw. im Frühling beginnt und es sich um Verlust eines ganzen Mietjahrs handelt. (Vgl. SeuffA. **63** 254, ZBlFG. **9** 469.) Ob die angemeldeten Aufwendungen in der Tat gemacht worden sind und ob sie im einzelnen eine Verbesserung des Grundstücks, die auch den Realgläubigern zugute kommt, zur Folge gehabt haben, ist nach den adoptierten preußischrechtl. Grundsätzen (D. 36) zu be-

urteilen. Haben die Aufwendungen des betreibenden Gläubigers den Wert des Grundstücks gesteigert und so den Vorteil der Hypothekgläubiger gefördert, so müssen diese auch das Vorrecht für die Auslagen zugestehen, soweit jener Vorteil reicht. Ist eine Wertssteigerung nicht eingetreten, so trägt das Risiko der betreibende Gläubiger. Auf das ZwVErgebnis, dessen zu niedrigen Ausfall sich die nicht bietenden Hypothekgläubiger zuzuschreiben haben, kommt hierbei nichts an. Wenn die Auslagen auch nicht in das geringste Gebot aufgenommen wurden, so hatte doch der sie Anmeldende wegen des sie deckenden Meistgebots keinen Beschwerdegrund und durfte seine Ansprüche von neuem im Verteilungstermine geltend machen (**RG. 59** 266).

6. ➵ **RG.** 14. 11. 10. Die Landschaft war, da sie die durch Gerichtsbeschluß angeordnete ZwVerw. gemäß §§ 151, 152, 166, 167 OstprLandschO. v. 7. 12. 91 übernommen hatte, berechtigt, die Widerspruchsklage gegen die für die Beklagten — unzulässigerweise nach §§ 98 BGB., 865 ZPO. — bewirkten Pfändungen der Feldfrüchte zu erheben (**RG. 24** 306, **53** 263, **59** 88, GruchotsBeitr. **49** 1066). Unschädlich ist es, daß sie sich zuerst hauptsächlich auf ihre Gläubigereigenschaft gestützt hat und inzwischen wegen ihrer Hypothekforderung befriedigt ist. Klagänderung hat schon der 1. Richter unanfechtbar verneint. Daraus, daß somit die Landschaft als Zwangsverwalterin weiter klagen darf, folgt, daß sie die Auszahlung des Erlöses jener Feldfrüchte zur ZwVerwMasse beanspruchen kann. Zwar ist die ZwVerw. wegen des Zuschlags und der Übergabe des Gutes an die Ersteher inzwischen aufgehoben worden, aber die ZwVerwMasse ist noch nicht verteilt und Schlußrechnung noch nicht gelegt, weshalb die Aktivlegitimation der Klägerin noch fortdauert (**RG. 53** 264, **59** 90). Red. ⟵

7. **RG.** R. **11** Nr. 614. Es ist bereits wiederholt angenommen worden, daß der Zwangsverwalter zur Klage auf Auszahlung von Mietbeträgen zur Teilungsmasse berechtigt ist. Vgl. **RG. 53** 263, **59** 88. In gleicher Weise muß er aber auch der rechte Beklagte sein, wenn jemand klageweise geltend macht, daß gewisse Ansprüche (hier Mietzinsforderungen), die vom Zwangsverwalter als von der Verstrickung betroffene Bestandteile der Masse behandelt werden, deshalb frei zu geben seien, weil sie von der Beschlagnahme nicht ergriffen seien und zur Masse nicht gehörten. (Vgl. JW. **02** 318.) Die Entscheidung **RG. 68** 10 betrifft einen ganz anders gelagerten Fall. Somit ist der Zwangsverwalter gegenüber der vom Mietzinszessionar erhobenen Klage (nach § 771 ZPO.) auf Auszahlung der angeblich zu Unrecht eingezogenen Mietzinsen und auf Bewilligung ihrer Auszahlung, soweit sie hinterlegt sind, passiv legitimiert, und es ist nur noch zu prüfen, ob die Klage nach § 1124 BGB. gerechtfertigt ist. (Vgl. § 146 Ziff. 3!)

8. PosMschr. **10** 87 (Königsberg). Die Beschlagnahme der streitigen Gegenstände durch den Gläubiger stand der Erhebung der Eigentumsklage gegen den Zwangsverwalter nicht im Wege. Dieser ist als unmittelbarer Besitzer der Gegenstände passiv legitimiert (JW. **02** 318). Trotz der formellen Aufhebung der ZwVerw. besteht diese Passivlegitimation noch fort. Die Sachen sind auch nicht mit zugeschlagen worden. Insoweit ist die ZwVerw. und die Verwaltungstätigkeit des Beklagten noch nicht beendigt.

9. * H i r s c h aaO. I 364/6. Der Verwalter leitet sein Verwaltungsrecht durch Vermittlung des betreibenden Gläubigers vom Schuldner her.

10. Stellung des Zwangsverwalters § 146 Ziff. 3, § 90 Ziff. 6. Gegenüber dem Nießbraucher § 148 Ziff. 3. ZwVerw. gemäß einstweiliger Verfügung § 146 Ziff. 5.

§ 153. Anweisung zum Ausbau § 152 Ziff. 5.

§ 154. 1. SächsRpflA. **10** 286 (LG. Dresden). Der Zwangsverwalter war (nach längst erledigter ZwVerw.) zu verurteilen, den Werkmeister zu befriedigen, der während der ZwVerw. vom Verwalter bestellte Arbeiten geliefert, aber vom

betreibenden Gläubiger, obschon dieser aus dem Erlös Ersatz dafür erlangte, nicht bezahlt erhalten hatte.

2. **RG.** R. **10** Nr. 4168. Zu den Beteiligten im Sinne des § 154 sind nur die im § 9 aufgezählten an dem ZwVerwVerfahren Beteiligten zu verstehen; denn das ZVG. hat im § 9 den Begriff der Beteiligten für das ganze Gesetz festgelegt.

§ 155. 1. SeuffA. **65** 300, R. **10** Nr. 3073 (Dresden). Andere Ansprüche des Realgläubigers als laufende Beiträge wiederkehrender Leistungen stehen einem persönlichen Gläubiger, für den die Beschlagnahme früher erwirkt ist, nach. Mit Recht hat daher das AG. das Kapital und die Kosten der Hypothek des P. hinter dem Anspruche des persönlichen Gläubigers W. eingestellt. Auch die von P. für die Zeit seit 1. Oktober 1908 angemeldeten Hypothekzinsen entbehren, weil die Zinsverpflichtung erst am 15. Februar 1910 im Grundbuch eingetragen worden ist, der Wirkung gegenüber der von W. am 23. Mai 1908 herbeigeführten ZwVerwBeschlagnahme. ➠ Das OLG. hat so im Beschwerdeverfahren entschieden. Red. ⟵

2. PosMSchr. **10** 21 (Königsberg). Nach § 155 sind die Ausgaben der ZwVerw., wozu auch die vom Verwalter für den Gläubiger gemachten Auslagen gehören, aus den Nutzungen des Grundstücks vorweg zu bestreiten. Reichen diese nicht hin, so kann sich der Verwalter nur an den Gläubiger halten und zwar im Klagewege, aber nicht an den ZwVErlös. Aus diesem kann gemäß § 10 Ziff. 1 nur der betreibende Gläubiger Befriedigung für die von ihm zur Erhaltung des Grundstücks gemachten Ausgaben fordern. Das Gesagte gilt auch für das Honorar des ZwVerwalters. § 109 steht nicht entgegen.

3. NaumburgAK. **10** 34 (LG. Halle). Der Zwangsverwalter ist berechtigt, die durch die Masse nicht gedeckten, von ihm vorschußweise aufgewendeten Versicherungsgelder gegen den betreibenden Gläubiger einzuklagen.

4. Kosten § 10 Ziff. 1b. Einseitiger Einstellungsantrag § 30.

§ 161. 1. ElsLothNotZ. **10** 67 (RevBescheid des OLGPräsidenten). Aufhebungsbeschluß ist immer, auch im Falle erfolgter ZwV., notwendig. Das. 280 (Verfügung des Oberstaatsanwalts). Deswegen sollen die Notare dem Vollstreckungsgerichte von der Rechtskraft des Zuschlags sofort Mitteilung machen.

2. Abs. 4 bei ZwVerw. gemäß einstweiliger Verfügung nicht anwendbar (§ 146 Ziff. 5). Fortwirkung der Mietzinspfändungen § 57 Ziff. 7b. Wirkung § 20 Ziff. 1.

Zweiter Abschnitt.
Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. 1. **RG. 72** 347, R. **10** Nr. 1156. In dem Urteile, worin das RG. die Haftung des Reichsfiskus für Schaden, der durch einen von dem Kommandanten eines Kriegsschiffs schuldhaft verursachten Zusammenstoß mit einem Kauffahrteischiffe diesem und seiner Ladung zugefügt worden ist (für die Zeit vor dem PrG. v. 1. Oktober 1909), verneint hat, heißt es unter anderem: Nach § 734 HGB. haftet der Reeder bei Zusammenstoß nicht persönlich, sonder nur mit Schiff und Fracht, welcher Anspruch nach vorgängigem Duldungsurteile gemäß §§ 864 ZPO., 162—171 ZVG. gegen die im Schiffsregister nach RG. v. 22. Juli 1899 einzutragenden Schiffe, gemäß § 803 ZPO. gegen nicht einzutragende Schiffe mittels Pfändung durchgeführt wird. Kriegsschiffe sind aber weder ins Schiffsregister einzutragen, noch überhaupt (wegen Reichsinteressen) der Zwangsversteigerung unterworfen. ➠ AM. über die Haftungsfrage ist Pappenheim, LeipzZ. **10** 417, gemäß Art. 7 EGHGB. Red. ⟵ S. das. zu Ziff. I u. II.

2. RJA. **10** 138 (KG.). Eintragsfähig in das Binnenschiffsregister nach §§ 1, 119, 127 BinnenSchG. sind alle zur Schiffahrt auf Binnengewässern bestimmten

Fahrzeuge, die nach allgemeinem Sprachgebrauch als Schiffe bezeichnet werden, z. B. auch „Prähme". Nur gewöhnliche Nachen, Boote, Gondeln und ähnliche kleine Fahrzeuge zur Lustfahrt oder zum Übersetzen von Personen gehören nicht dazu.

3. Schiffszubehör § 37 Ziff. 2.

§ 164. 1. Gravenhorst, GruchotsBeitr. **54** 798, verneint die Eintragsfähigkeit der Unterwerfungsklausel in das Schiffsregister und führt dabei u. a. (806) folgendes aus: § 164 gestattet die Anordnung der nach § 870 Abs. 2 ZPO. allein zulässigen ZwV. nur, wenn der Schuldner, d. h. derjenige, gegen den sich der vollstreckbare Titel richtet, das Schiff im Eigenbesitze hat. Aus diesem minus gegenüber dem Eigentume darf man aber nicht folgern, daß jedenfalls und ganz sicher der Nachweis, daß der Schuldner eingetragener Eigentümer sei, zur Anordnung der ZwV. genüge. Vielmehr ist nach § 164 dieser Nachweis einerseits nicht erforderlich, andererseits nicht genügend. Das Gesetz knüpft als Ersatz für die hier nicht anwendbare Vorschrift des § 17 die Eigentumsvermutung an die Tatsache, daß der Schuldner das Schiff im Eigenbesitze hat. Das Eigentum wirkt nur insofern ein, als der im Schiffsregister eingetragene Eigentümer als Beteiligter beim Verfahren zuzuziehen ist und der Eigentümer überhaupt die Widerspruchsklage erheben kann. Die ZwV. gegen den jeweiligen Schiffseigentümer — unabhängig vom Eigenbesitz — ist nicht zulässig. (S. Ziff. 2!)

2. RJA. **10** 122 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung eines Schiffspfandrechts im Schiffsregister mit dem Vermerke, daß sich der Eigentümer in Ansehung des Schiffspfandrechts der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe und die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer oder Eigenbesitzer statthaft sein solle. (S. Ziff. 1!)

Dritter Abschnitt.

Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. 1. Kleinrath, Wirksamkeit der exceptio rei venditae et traditae im Konkurse, LeipzZ. **10** 126: Müller, LeipzZ. **08** 684, hält bei Grundstücksbesitz diese Einrede für vollwirksam, Jäger erachtet sie für ganz unwirksam. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Der Konkursverwalter ist nicht genötigt, die einem Dritten verkaufte und übergebene, aber noch nicht aufgelassene unbewegliche Sache an sich zu nehmen und so den Besitz zu stören, sondern kann deren Verwertung für die Masse, nämlich aus § 126 KO. durch Antrag auf ZwV. bei dem Amtsgericht, erreichen. Daß der Eigenbesitz als solcher kein der ZwV. entgegenstehendes Recht ist, darüber herrscht volles Einverständnis. Aus § 93 ergibt sich aber auch, daß dem Besitzer nach § 986 BGB. die Rechtsbehelfe aus §§ 771 ZPO., 43 KO. nicht zustehen. Auch erlischt das Recht aus § 986 BGB. nach § 91 durch den Zuschlag. Dagegen steht dem Konkursverwalter das Recht nicht zu, dem Eigenbesitzer und Käufer durch Einleitung der ZwVerw. den Besitz zu entziehen. Zwar können dies nach § 147 gewöhnliche (?) Gläubiger, aber nur auf Grund vollstreckbaren Titels gegen den Eigenbesitzer, den sich der Konkursverwalter nicht verschaffen kann. Wollte man ihm trotzdem die ZwVerw. gestatten, so hätte doch jedenfalls der Eigenbesitzer ein Aussonderungsrecht auf die Früchte nach § 43 KO. (Vgl. § 146 Ziff. 6!)

2. Beziehungen zwischen Konkurs und ZwV. und ZwVerw. §§ 10 Ziff. 12; 16 Ziff. 6; 20 Ziff. 1; 44 Ziff. 2; 53 Ziff. 1; 55 Ziff. 12; 58 Ziff. 7; 90 Ziff. 5; 115 Ziff. 24; 148 Ziff. 5.

§ 175. 1. **RG.** JW. **10** 238. Mochte auch der beklagte Nachlaßverwalter nach § 1985 BGB. berechtigt sein, das Haus zur ZwV. zu bringen, so wurde doch dadurch die Anwendbarkeit des § 2311 Abs. 1 BGB. nicht ausgeschlossen. Bei der Berechnung des Pflichtteils ist nicht der spätere ZwVErlös, sondern der für die Zeit des Erbfalls zu ermittelnde Schätzungswert des Hauses mit zugrunde zu legen.

2. **RG** (Strafs.) SeuffBl. **10** 572. Die gemäß § 175 auf Antrag des Nachlaßverwalters angeordnete ZwV. bewirkte nach §§ 176, 173 eine Beschlagnahme im Sinne des § 137 StGB. nicht.

Vorbemerkung. Die Meinung, daß ein gleichzeitiger Weiterbetrieb von GläubigerZwV. und TV. wegen ihrer Verschiedenheit im allgemeinen weder zulässig noch empfehlenswert sei (vgl. § 180 Ziff. 14), verdient vor der gegenteiligen (vgl. § 180 Ziff. 18) den Vorzug.

§ 180. 1. OLG. **20** 386, SeuffBl. **10** 79, R. **10** Nr. 568, 569 (München). Ein Grundstücksmiteigentümer hatte TV. erwirkt, aber, von den übrigen Teilhabern abgefunden, deren einstweilige Einstellung bewilligt. Als nun der Beitritt eines weiteren Miteigentümers zur TV. vom AG. zugelassen wurde, erhob ein Teilhaber Beschwerde, weil die erste TV. nicht mehr betrieben werde und wegen anzuwendenden § 752 BGB. Das LG. wies die Beschwerde zurück, das OLG. erklärte die weitere Beschwerde für zulässig, hob den landgerichtlichen Beschluß auf und verwies die Sache an das AG. zurück, indem es a) ausführlich begründete, daß jedenfalls zunächst Erinnerungen nach § 766 ZPO. eingelegt werden mußten; b) dem Amtsgerichte die Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit des Beitritts und über die weitere, von ihm (dem OLG.) als zweifelhaft erklärten Fragen überließ, ob die Einwendungen aus § 752 BGB. nicht mit Klage zu verfolgen, eventuell ob sie berechtigt seien.

2. **RG.** BayRpflZ. **10** 78. Bei der Beantwortung der Frage, ob bei der Naturalteilung eines Grundstücks eine Wertminderung eintritt oder nicht (§ 752 BGB.), müssen die berechneten Teilwerte zusammengezogen und in Vergleich zum Werte des ungeteilten Ganzen gesetzt werden. Die Werte sind hierbei nach objektiven Merkmalen, nicht nach den persönlichen Verhältnissen der jeweiligen Eigentümer und nicht nach ganz ungewissen Vereinbarungen zu bestimmen.

3. **RG. 73** 41, JW. **10** 290 (s. BGB. zu § 1477). Die Klage des geschiedenen gütergemeinschaftlichen Ehemanns auf Unzulässigkeit der TV. war trotz vorausgegangener Abmachungen über Schätzung usw. der von ihm eingebrachten Grundstücke und trotz des § 1477 BGB. abzuweisen. Geteilt wird nur der Überschuß. Wenn aber, wie hier, die Höhe der Gesamtverbindlichkeiten noch gar nicht feststeht und es somit noch ungewiß ist, ob denn zu deren Tilgung nicht die Versilberung der vom Kläger eingebrachten Grundstücke erforderlich sein wird, so ist es klar, daß er vor der Feststellung jener Verbindlichkeiten und der Nichtnotwendigkeit der Versilberung der Grundstücke in keinem Falle deren Herausgabe verlangen und deshalb ihrer ZwV. (§ 180) widersprechen darf.

4. Reinhard, R. **10** 361, wendet sich dagegen, daß die TV. entweder nur auf gemeinschaftlichen Antrag sämtlicher Miterben (Celle, SeuffA. **64** 250) oder aber sonst nur dann zuzulassen sei, wenn lediglich in Ansehung des Grundstücks noch eine Gemeinschaft besteht (Cöln, OLG. **18** 330).

5. BayOLG. **10** 580. Nach bayerischem Landrechte wurden im Gegensatze zum BGB. Miterben sofort frei verfügungsberechtigte Bruchteilsmiteigentümer am Nachlaßgrundstück. — Ist bei der TV. ein Teilhaber Meistbietender geblieben, so ist bei Berechnung der Staats- und Notariatsgebühren nach Artt. 10 Abs. 1, 22 Ziff. 2 BayGebG. für das Versteigerungsprotokoll der Teil des Meistgebots außer Betracht zu lassen, der auf den dem Ersteher schon zustehenden Anteil fällt. (S. Ziff. 11 unten!)

6. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 958, JW. **10** 616, R. **10** Nr. 2180. Die Fährgerechtsamen an öffentlichen Flüssen gehören nach gemeinem Rechte und PrALR. (GS. **31** 255) zu den niederen Regalien. Der mit der Ausnutzung Beliehene erwirbt ein Privatrecht, das seiner Natur nach vererblich und veräußerlich ist. Gehört ein solches Recht zu einer Gemeinschaft, so kann nach Art. 173 EGBGB., §§ 741 ff., 749 BGB. von jedem Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft (und die TV.) verlangt werden (§ 753 BGB., Art. 40 PrAGBGB.).

7. SeuffA. **65** 138, R. **10** Nr. 1710 (Dresden). An sich war der Miterbe A. gemäß § 172 BGB. auf Grund der ihm vom Erblasser erteilten Vollmacht befugt, das Nachlaßgrundstück an B. zu verkaufen. Aber der Ausnahmefall der §§ 173, 168 mit 2033, 2040 daselbst ist gegeben, weil der Miterbe C. vor Verkauf die Vollmacht dadurch widerrufen hatte, daß er TV. beantragte. Dem A. wurde dies durch Zustellung des ZwVBeschlusses bekannt, dem B. ist es nur infolge seiner Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Diese dem Kläger B. somit nachteilige Entscheidung gegenüber den die Berufung betreibenden Miterben wird dadurch nicht gehindert, daß andere beklagte Miterben bei ihrer Verurteilung durch das LG. sich beruhigt haben.

8. Müller, DJZ. **10** 702, bekämpft die herrschende, auch vom OLG. Colmar (vgl. JDR. **7** § 180 Ziff. 11) geteilte Meinung, daß der Teilungsanspruch des Miteigentümers selbständig der Pfändung unterworfen sei und daß man sich hierfür auf § 857 Abs. 3 ZPO. stützen könne. Als Ersatzmittel spricht er mit Kretzschmar dem Gläubiger das aus entsprechender Anwendung des § 1258 BGB. abzuleitende Recht zu, auf Grund seiner auf dem Anteile des Schuldners eingetragenen Zwangshypothek die Teilung zu verlangen.

9. **RG.** R. **10** Nr. 3444. Wurde einem Erben ein Vorkaufsrecht an einem Grundstücke zu einem bestimmten Preise für den Fall eingeräumt, daß die Miterben es freiwillig verkaufen wollen, so steht ihm dies Recht nicht zu, wenn der Verkauf gegen ihren Willen, z. B. in einer TV., stattfindet. Es kann nicht gegen den Willen der anderen in die Versteigerungsbedingungen aufgenommen werden.

10. **RG.** JW. **11** 88. A. verkaufte an B. die ideelle Hälfte seines Grundstücks, das mit einer bis 1941 amortisierbaren Bankhypothek belastet war. Laut einer Bestimmung des Kaufvertrags sollte der abgezahlte Teil der Hypothek den beiden Miteigentümern je zur Hälfte gehören. In der TV. erwarb durch Zuschlag vom 30. April 1907 B. das Grundstück ins Alleineigentum. Er löste sodann die Bankhypothek ab und ließ sich dabei den ganzen Amortisationsfonds zugute rechnen. A. klagte gegen ihn sodann auf Herauszahlung von 4422 M., als Hälfte des Abzahlungsbetrags für die Zeit des 30. 4. 07. Er siegte mit dieser Klage in 3 Rechtszügen, obschon B. die Einwendungen der Nichtfälligkeit, der Abrechnung von Zwischenzinsen bis 1941, des Verzichts usw. erhob. Dabei wurde vom RG. auch der Ausspruch der Vorderrichter gebilligt, daß durch die TV. der vertragsmäßige Anspruch des A. auf die Hälfte des Abzahlungsbetrags nicht erloschen sei. Die Frage, ob Eigentümerhypotheken durch die Abzahlungen entstanden seien, wurde als unerheblich dahingestellt gelassen.

11. SeuffBl. **10** 755, R. **10** Nr. 4169 (München). Erledigt sich die TV. vor dem Zuschlage, so kommt nach Artt. 9, 10 BayGebG. eine Ermäßigung nach der Höhe des Anteils des betreibenden Miteigentümers (vgl. § 6 ZPO.) nicht in Betracht. Gebührengrundlage ist vielmehr der ganze Grundstückswert. (S. Ziff. 5!)

12. KGJ. **38** B 27. Es kann nicht bezweifelt werden, daß ein Abkömmling, der in der TV. ein zur gemeinschaftlichen Erbmasse gehörendes Grundstück als Meistbietender ersteht, die Gebührenermäßigung aus § 58 Nr. 2 PrGKG. für die Eintragung seines Eigentums ebenfalls genießt. (Gleiches muß aber auch für die freiwillige erbschaftliche Versteigerung trotz ihrer Verschiedenheit von der TV. gelten.)

13. Roth, LeipzZ. **10** 135. Der Gläubiger kann, wenn der Schuldner seinen Miteigentumsanteil an den anderen Miteigentümer in anfechtbarer Weise veräußert hat, verlangen, daß der Erwerber die Zwangsvollstreckung in die Sache dulde, deren Alleineigentümer er geworden ist, mit der Maßgabe, daß der Erlös bis zur Höhe der früheren Miteigentumsquote des Schuldners der Befriedigung des Gläubigers dient (§§ 748, 753 BGB.). Natürlich genügt dabei ein Titel gegen den Schuldner allein nicht, sondern ist auch ein solcher gegen den Anfechtungsschuldner nötig. Pfändung des (gar nicht mehr bestehenden) Miteigentums oder des Auseinandersetzungsanspruchs ist nicht erforderlich. (AM. § 17 Ziff. 5.)

14. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im materiellen Grundbuchrecht, ABürgR 34 41, führt über TV. auf S. 101 ff. unter anderem aus: Die TV. hat nur subsidiäre Bedeutung, wenn die Wege freiwilliger Auseinandersetzung nicht zum Ziele führen. Antragsberechtigt sind neben dem eingetragenen Eigentümer dessen Erben und Pfändungsgläubiger (in das Recht auf Aufhebung der Gesellschaft). Der Mitgesellschafter ist durch die Entbehrlichkeit eines Titels (§ 181) sehr bevorzugt. Ergibt sich aus dem Grundbuche Gesamthandverhältnis, so darf die TV. nur bei Nachweis der Auflösung der Gesellschaft oder bei Zustimmung der anderen Gesellschafter angeordnet werden. Es sind Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Versteigerung überhaupt und solche gegen die Zulässigkeit der TV. möglich. Letztere sind nach §§ 37 Ziff. 5 ZVG., 771 ZPO. zu beurteilen. — Gläubiger des Verfahrens sind Antragsteller und Beitretende, Schuldner die übrigen Gesellschafter. Alle sind Beteiligte nach § 9. — Bei Eintritt eines Vollstreckungsgläubigers ist die TV. aufzuheben. Alle Gesellschafter sind von da an Schuldner und der Beschränkung des § 23 Satz 1 unterworfen. Die Terminsbestimmung braucht nur die Angabe, daß TV. erfolge, aber nicht die Benennung des betreibenden Gesellschafters zu enthalten. Die Schwierigkeiten des geringsten Gebots (§ 182) fallen bei Gesamthandeigentum weg: Der Deckungsgrundsatz des § 44 gilt. Unbilligkeit wäre es, dem mitbietenden, nicht betreibenden Gesellschafter die Erleichterung der Sicherheitsleistung (§ 68) zu versagen. Jedenfalls erleichtert § 184. — Für Erledigung und Einstellung des Verfahrens gelten die allgemeinen Grundsätze. Wird während des Verfahrens das Grundstück freihändig verkauft und dies dem Richter nicht angezeigt, so geht die TV. weiter und verliert der Erwerber sein Eigentum, er kann sich nur an den Erlös halten. ZwVerw. ist ausgeschlossen. Eine Entscheidung über den Erlösüberschuß steht dem TVRichter nicht zu. Der nicht bezahlte Überschuß bleibt gemeinschaftliche und ungeteilte Forderung. — Miet- und Pachtverhältnisse werden wegen § 183 durch die TV. nicht berührt. — Für die Berichtigung des Grundbuchs gilt das Allgemeine. Erhielt, was zulässig, eine Mehrheit von Bietern, eine Gemeinschaft oder eine Gesellschaft des BGB. den Zuschlag, so sind dem Grundbuchamte die Bruchteile oder die sonstige Art des Gemeinschaftsverhältnisses genau mitzuteilen. (Teilw. AM. s. Ziff 18!)

15. SchlHolstAnz. **10** 77 (Kiel). Der Widerspruch eines Beteiligten gegen die TV. (wegen entgegenstehender Vereinbarung) kann auch im Wege der Beschwerde erfolgen.

16. WürttRpflZ. **10** 97 (Stuttgart). Erinnerungen gegen die Eröffnung der TV. sind nur dann zulässig, wenn die Art und Weise der ZwV. beanstandet wird. Dies trifft nicht zu, wenn die Zulässigkeit der TV. überhaupt, z. B. wegen nur gegebenen Stockwerkseigentums, bekämpft wird. Dann ist sofortige Beschwerde statthaft. AM. Darmstadt, HessRspr. **11** 101.

17. HessRspr. **10** 180 (LG. Gießen). Der Gläubiger, der nur Pfändung, nicht auch Überweisung des Erbanteils seines Schuldners erlangt hatte, konnte gleichwohl Antrag auf Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses und in deren Laufe Antrag auf TV. der Nachlaßgrundstücke stellen.

18. * Brüll, GruchotsBeitr. **55** 53. TV. und ZwV. sind, wenn sie gleichzeitig oder nacheinander beantragt werden, in einem Verfahren zu erledigen, letztenfalls durch Zulassung des Beitritts. Der Betrieb des Verfahrens steht gleichmäßig dem betreffenden Miteigentümer wie dem betreibenden Gläubiger zu. Der Zuschlagsbeschluß nach einstweiliger Einstellung des TVVerfahrens beendet dieses, der Zuschlagsbeschluß nach einstweiliger Einstellung des ZwVVerfahrens berührt dieses nicht. Die Terminsbestimmung muß bei der Bekanntmachung und Zustellung beiden Arten des Verfahrens genügen. Das geringste Gebot ist für jeden einzelnen Fall nach den Vorschriften des Verfahrens zu berechnen, das seine niedrigere Festsetzung zuläßt. § 184 findet im vereinigten Verfahren keine Anwendung. ➛ Teilw. aM. JDR. **6** Vorbem. vor § 180, **7** § 180 Ziff. 1 und Ziff. 14. Red. ⟵

19. Zuständigkeit § 2 Ziff. 2. Stempel usw. § 58 Ziff. 10, 11, 14. Erinnerungen § 15 Ziff. 2, 3. Gesellschaftsgrundstücke § 16 Ziff. 8.

§ 181. ZV. bei Gesellschaftsgrundstücken § 180 Ziff. 14.

§ 182. Gesellschaftsgrundstücke § 180 Ziff. 14. Verbindung mit Gläubiger-ZwV. § 180 Ziff. 18.

§ 183. Gesellschaftsgrundstücke § 180 Ziff. 14. Eintritt in den Mietvertrag § 57 Ziff. 5.

§ 184. Sicherheitsleistung § 180 Ziff. 14. Verbindung mit GläubigerZwV. § 180 Ziff. 18.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 2. Landesrechtliche Sondervorschriften:

Preußen: Verwaltungsvollstreckung § 1 Ziff. 2. Zuständigkeit § 2 Ziff. 1. Kanalisationsgebühren § 10 Ziff. 3, 9. Wasserzins § 10 Ziff. 7. Kreisumsatzsteuer § 10 Ziff. 8. Umsatzsteuer überhaupt § 58 Ziff. 12, 13, 14. Bahneinheit und Enteignung § 28 Ziff. 1. Zuschlagsstempel §§ 58 Ziff. 3, 5, 8; 81 Ziff. 1 und 6. Referendare § 79 Ziff. 1. Taxatorhaftung § 85 Ziff. 2. Cölner Balkone §§ 90 Ziff. 4, 91 Ziff. 3. Abhalten vom Bieten (§ 270 PrStGB.) § 96 Ziff. 1. Versäumte Kostenerhebung § 109 Ziff. 1. Kosten der Hypotheneintragung § 128 Ziff. 1. Landschaftszwangsverwaltung § 152 Ziff. 6. Abkömmlinge in ZV. § 180 Ziff. 12. Fährgerechtsame § 180 Ziff. 6. Frankfurter Dienstbarkeit EG. § 9 Ziff. 3. Stempel bei Altenteil EG. § 9 Ziff. 2. Bayern: Vollstreckbare Hypothekurkunden § 16 Ziff. 4. Bauforderungen § 48 Ziff. 1. Wertsausscheidung § 58 Ziff. 1. Zuschlagsgebühren § 58 Ziff. 6, 7. Notariatsgebühr bei § 91 Abs. 2 s. dort Ziff. 5! Rangvorbehalt § 115 Ziff. 20 Nr. II b. Miterben in ZV. § 180 Ziff. 5. Kgr. Sachsen: Vollmachtstempel § 10 Ziff. 11. Ausschreibens-Formular § 39. Mobiliarbrandversicherung § 90 Ziff. 5. Württemberg: Grund- und Gebäudesteuer, Brandschaden § 10 Ziff. 5. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 12. Baden: Brandversicherung § 10 Ziff. 6. VerkStG. § 58 Ziff. 10 aE. Öffentlichkeit der Verhandlungen § 66 Ziff. 9. Eigentümerhypothek § 115 Ziff. 9. ZwVerw. gemäß einstweiliger Verfügung § 146 Ziff. 5. Hessen: Zuschlagstempel §§ 93 Ziff. 1; 133 Ziff. 1. Elsaß-Lothringen: Erinnerungen gegen Notarernennung § 15 Ziff. 3. Aktenübersendung an den Notar § 19 Ziff. 4. VerkStG. § 81 Ziff. 5. Ausgeschlossener Notar § 95 Ziff. 1. Löschung des ZwVVermerks § 130 Ziff. 7. Aufhebung der ZwVerw. § 161 Ziff. 1. Fortsetzung des Verfahrens EG. § 13 Ziff. 1. Mecklenburg-Schw.: Grundgeld § 10 Ziff. 4. Altenteil-Ultimat § 92 Ziff. 3. Braunschweig: Gemeindeveränderungssteuer § 58 Ziff. 10, 11. Hamburg: Fensterrecht § 92 Ziff. 2.

§ 6. Grundstücksverzicht § 17 Ziff. 1. Vereinfachung der Ausschreibung § 39.

§ 9. 1. Josef, Neuere Streitfragen zum Rechte des Altenteils, Gruchots Beitr. **54** 90. Wird dem Begründer des Altenteils das Grundstück zwangsversteigert und fällt hierbei das Altenteil aus, so haftet der Begründer dem Altsitzer auf Schadensersatz, also auf den Wert der verlorenen Dienstbarkeiten und Reallasten, weil es seine Sache war, unter allen Umständen die ZwV. abzuwenden; dagegen haftet der Begründer nicht, wenn er das Grundstück veräußert hat und das Altenteil bei der gegen den neuen Erwerber stattgehabten ZwV. ausfiel.

2. KGJ. **38** B 44. a) Altenteile und nicht eintragsbedürftige Grunddienstbarkeiten bleiben, wenn sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers gleich- oder nachstehen, bei der Berechnung sowohl des stempelpflichtigen als des gebühren-

pflichtigen Wertes des Zuschlagsbeschlusses außer Ansatz, einerlei, ob ihr Übergang auf den Ersteher in den Versteigerungsbedingungen hervorgehoben wird oder nicht. b) Werden solche Rechte bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt, so bleiben sie bei Berechnung des stempelpflichtigen Wertes jedenfalls dann außer Ansatz, wenn die Verpflichtung des Erstehers, für den Fall ihrer Nichtexistenz einen Ersatzbetrag bar zu zahlen, nicht im Zuschlagsbeschlusse zum Ausdrucke kommt.

3. FrankfRundsch. **10** 135 (Frankfurt). Nach Frankfurter Privatrecht erloschen Grunddienstbarkeiten nicht durch die ZwV. des Grundstücks; ihrer Anmeldung im ZwVVerfahren bedurfte es nicht zu ihrer Erhaltung.

4. Dienstbarkeit auf Grundstücksteilen? §§ 1 Ziff. 1; 64 Ziff. 1, 2. Balkondienstbarkeit § 90 Ziff. 4. Untergang, Entschädigung §§ 91 Ziff. 4; 64 Ziff. 1. Altenteil nach Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 3. Hamburger Fensterrecht § 92 Ziff. 2. Mecklenb. Altenteilultimat § 92 Ziff. 3. Irrtum über Wert der Dienstbarkeit § 91 Ziff. 13.

§ 13. 1. ElsLothJZ. **10** 16 (Colmar). Zur Entscheidung über den Antrag auf Fortsetzung eines ZwVVerfahrens ist allein der mit der Leitung des letzteren beauftragte Notar (in ElsLoth.) zuständig, nicht das Vollstreckungsgericht. Aus diesem Grunde kann auch in einem von diesem Gerichte (zuständigerweise) erlassenen Beschlusse, wodurch mehrere ZwV.n miteinander verbunden worden sind, die Anordnung einer Fortsetzung des Verfahrens nicht erblickt werden.

2. Erinnerungen gegen elsloth. Notar § 15 Ziff. 3. Ausschließung desselben § 95 Ziff. 1. Aktenversendung an ihn § 19 Ziff. 4. Grundbuchberichtigung durch ihn § 130 Ziff. 7. Bad. Vollstreckungsnotariat §§ 66 Ziff. 9; 146 Ziff. 5.

Gesetz
über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vorbemerkung: An dieser Stelle mag ein Übelstand hervorgehoben werden, der auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht, und der sich von Jahr zu Jahr, namentlich auch bei der Anfertigung dieser Berichte fühlbarer geltend macht. Um die wechselseitige Kenntnis der Oberlandesgerichte von ihren Entscheidungen zu ermöglichen, werden im Reichsjustizamt „Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (und des Grundbuchrechts)" zusammengestellt und veröffentlicht. Man sollte meinen, daß diese Zusammenstellung, wenn sie ihren Zweck erreichen soll, möglichst vollständig ist, d. h. daß sie wenigstens sämtliche Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit sie rechtsgrundsätzliche Bedeutung haben, veröffentlicht. — Tatsächlich enthält aber diese amtliche Zusammenstellung nur eine ganz geringe Zahl ausgewählter Entscheidungen. Wer eingehend die gesamte Rechtsprechung auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfolgen will, der muß hierzu eine überaus große Menge von Zeitschriften verfolgen, von denen viele (sog. „Kantönliblättles") nur für einzelne kleinere Bezirke berechnet und außerhalb dieser fast gar nicht zu erlangen sind. Freilich bringen nun mehrere sehr weit verbreitete Zeitschriften, so besonders das ZBlFG. und das Recht, in dankenswerter Weise Mitteilungen über die gesamte Rechtsprechung, aber doch zumeist nur auszugsweise, oft ja ohne jede Mitteilung des Sachverhalts und der Gründe. Die Mitteilung der bloßen so „festgestellten Rechtsgrundsätze" birgt aber, mögen sie auch noch so sorgfältig gefaßt sein, die Gefahr mißverständlicher Auffassung in sich. Ferner aber ist, da diese Rechtsprechungsberichte in zahlreichen Zeitschriften zu ganz verschiedenen Zeiten erscheinen, die Gefahr vorhanden, daß selbst wichtige Entscheidungen namentlich dem vielbeschäftigten Praktiker entgehen und so widersprechende Entscheidungen namentlich der Oberlandesgerichte ergehen. Diese amtliche Zusammenstellung vermag also in ihrer

gegenwärtigen Fassung dem durch sie erstrebten Zwecke (§ 28 Abs. 2 FGG.) gar nicht zu genügen. Weiter aber macht der Mangel einer Veröffentlichung an einer Zentralstelle es erforderlich, daß bei Anziehung von Entscheidungen eine große Fülle von Belegszeitschriften angegeben werden müssen; und von diesen sind viele dem Leser unzugänglich, indem oft gerade die Zeitschrift, in der die Entscheidung vollständig veröffentlicht ist, nur eine geringe Verbreitung hat.

Diesen Übelständen wäre mit Leichtigkeit abzuhelfen, wenn die im Reichsjustizamte herausgegebene Sammlung sämtliche Entscheidungen von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung brächte, wobei Entscheidungen, deren Rechtsgrundsätze nur Wiederholungen der bereits früher ausgesprochenen Grundsätze sind, in abgekürzter Form mitgeteilt werden könnten.

Ein weiterer Mangel der amtlichen Zusammenstellung ist der, daß sie nur solche Entscheidungen mitteilt, die in reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. ergangen sind. Zwar beschränkt das FGG. seine Anwendbarkeit auf Angelegenheiten, die den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen sind; aber tatsächlich haben doch die Landesgesetze die Anwendung des FGG. auf die landesgesetzlichen Angelegenheiten (so z. B. auf Grundbuch- und Fürsorgeerziehungssachen, ferner auf nichtrechtsgeschäftliche Urkunden) mehr oder minder übereinstimmend vorgeschrieben; und auch soweit Teile der reichsgesetzlichen Angelegenheiten von den Landesgesetzen geregelt sind, so z. B. die Zwangsvollziehung, ist diese Regelung zumeist übereinstimmend ausgefallen. Die Zusammenstellung des Reichsjustizamts beschränkt sich aber auf Wiedergabe solcher Entscheidungen, die in reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. ergehen; wichtige Entscheidungen, die eine Auslegung von Vorschriften des FGG. enthalten, werden in der amtlichen Zusammenstellung nicht mitgeteilt, weil die Entscheidung in einer Grundbuch- oder Fürsorgeerziehungssache ergangen ist oder weil die Entscheidung nichtrechtsgeschäftliche Urkunden oder die Zwangsvollziehung betrifft. —

Auch diese Mängel wären mit Leichtigkeit zu beseitigen und es würde hiermit zugleich eine größere Annäherung der Rechtsprechung und Rechtslehre in landesgesetzlichen Angelegenheiten erreicht, danach der reichsgesetzlichen Regelung der bisher landesgesetzlichen Gebiete vorgearbeitet werden.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. a) *Josef, LeipzZ. **09** 829. Der Einfluß des Konkurses auf das Verfahren der FG., bereits JDR. **8** 565 unter 5 (Erbschein) und 1160 unter II 1a (Verfügungsbefugnis); s. ferner unten zu § 12 I 9 (echtes Streitverfahren), zu § 13 unter 1 g (Parteifähigkeit) und zu §§ 132 ff. unter 2 (Ordnungsstrafverfahren), ferner zu § 15 unter 3 (Gemeinschuldner als Zeuge), zu § 16 unter 2 b (Bekanntmachung an den Verwalter), zu § 20 unter I n (Beschwerde des Gemeinschuldners). **b)** *Josef, LeipzZ. **09** 835. Einfluß des Konkurses des Vormundes auf die dem Vormundschaftsgericht obliegende Vermittelungstätigkeit zwecks Herausgabe des Mündelvermögens und zwecks Rechenschaftslegung. **c)** *Josef, LeipzZ. **4** 534. Firmenmißbrauch im Konkurs; s. unten zu § 140 unter 7.

2. *Josef, SeuffBl. **09** 121 und **10** 202. Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht bei Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während der Ehe (JDR. **7** 503 und **8** 487) s. zu § 1636: freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß.

3. *Josef, HoldheimsMSchr. **18** 122. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß bei Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (s. zu § 145).

4. du Chesne, ZBlFG. **11** 1—14, Das Grundbuchamt als Behörde der FG. und als Vollstreckungsorgan: Das Grundbuchverfahren ist nicht schlechtweg als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bezeichnen, vielmehr ist es zum Teil auch wirkliches Vollstreckungsverfahren. Einzelheiten 3 ff.

5. Unger, DNotV. **10** 239 ff., 268 ff., gibt eine Zusammenstellung der Entscheidungen über die Fragen, ob die Beurkundung von Rechtsgeschäften den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen ist (JDR. **7** 980, **5** 990) und ob gegen die Zurückweisung des Antrags auf Eintragung eines Vereins die Beschwerde nach dem FGG. oder nach der ZPO. stattfindet (JDR. **4** 16).

6. Unger, BuschsZ. **39** 69 ff., behandelt den Gegensatz zwischen der die FG. beherrschenden Offizialmaxime und der Verhandlungsmaxime der ZPO.

7. Grüber, ZBlFG. **9** 522. Der Grundsatz von der Einheitlichkeit des Amtsgerichts als Gericht der FG. findet nicht Anwendung, wenn der gesetzliche Vertreter die Erbschaftsausschlagung zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung einreicht. Eine solche Urkunde, die der Abteilung für Vormundschaftssachen eingereicht ist, gilt nicht als der Abteilung für Nachlaßsachen eingereicht; denn der gesetzliche Vertreter will nicht, daß schon die bloße Einreichung der Urkunde an das Amtsgericht als Erbschaftsausschlagung gelten soll. Vgl. auch Marcus ebenda 695.

8. *Josef, BuschsZ. **40** 285, Die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der streitigen und in der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufeinander. S. zu §§ 12 (I 6), 20 (V f), 24, 77, 93, 159; ferner zu §§ 21, 1144, 1612, 1635, 1666, 1829, 1836 BGB., 36 GBO. (Erbschein), 12 HGB.

9. *Josef, DJZ. **10** 475. Die Verletzung derselben Denktätigkeit in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung, ja sogar derselben gesetzlichen Vorschriften macht denselben Richter in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ersatzpflichtig, nicht aber in der streitigen. Vgl. JDR. **7** 980.

10. *Josef, SeuffBl. **10** 667 ff., 698 ff., Die Zivilprozeßordnung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Prüfung der Frage, inwieweit im Verfahren der FG. die einzelnen Vorschriften der ZPO. sinngemäß anwendbar sind, so die betreffs der Gerichtszuständigkeit, Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Streitgenossenschaft, Beteiligung Dritter am Rechtsstreite, Verfahren im allgemeinen (besonders Aussetzung, Protokoll, Unterbrechung), Klageschrift, Verfahren bis zum Urteil, Urteil, Rechtskraft, Beweisaufnahme (Beweis durch Augenschein, Urkunde, Eideszuschiebung), Sicherung des Beweises, Rechtsmittel, Wiederaufnahme des Verfahrens, Zwangsvollstreckung, Arrest und einstweilige Verfügungen, schiedsrichterliches Verfahren.

11. *Josef, GruchotsBeitr. **55** 68. Die ZPO. — d. h. die positiven, einzelnen Vorschriften der ZPO. — dürfen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur so weit angewendet werden, als dies ausdrücklich vorgeschrieben ist. Wohl aber kann der Inhalt einer solchen Vorschrift für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das rechtsgestaltend und nur in lückenhafter Weise durch ausdrückliche gesetzliche Vorschriften geregelt ist, der Natur der Sache nach selbstverständlich sein.

§ 2. Literatur: Jolly, Zur Rechtshilfe in Vormundschaftssachen, BadRpr. **10** 246. — Josef, Rechtshilfe durch Beurkundung von Erklärungen, ZBlFG. **10** 621 bis 627. — Derselbe, Ersuchen um die Tätigkeit des Gerichtsschreibers, R. **10** 298. — Unger, Vollständige Übersicht über die Rechtsprechung, DNotV. **10** 244 ff.

Rechtslehre. I. Allgemeines. 1. Unger, DNotV. **10** 243. In der FG. sind Zweifel darüber, wie weit die Rechtshilfe zulässig und geboten sei, hauptsächlich aus dem Mangel einer umfassenden gesetzlichen Regelung des Verfahrens, insbesondere einer scharfen Umgrenzung des Kreises der zulässigen gerichtlichen Verfahrenshandlungen, sowie aus der Natur dieses Geschäftszweiges als einer Verwaltungstätigkeit entstanden, deren einzelne Vorschritte nicht, wie in der streitigen Gerichtsbarkeit, an einen festgegliederten Gang gebunden, sondern in der Regel lediglich nach dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts, d. h. danach zu bestimmen

sind, welche Art des Vorgehens diesem nach der Gestaltung des einzelnen Falles, oft auch nach dem Bildungs- und Vermögensstande der Beteiligten, als am besten dem Zwecke der ihm übertragenen Fürsorge entsprechend erscheint. Durch diese Eigentümlichkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist häufig für Meinungsverschiedenheiten in der Richtung Raum gegeben, daß das ersuchte Gericht findet, dem ersuchenden stehe die vorzunehmende Handlung selbst nicht zu, also auch nicht die Befugnis, um deren Vornahme ein anderes Gericht zu ersuchen. Zuweilen mag hier die früher stark verbreitete, auch gegenwärtig noch nicht vollständig verschwundene Ansicht mitwirken, daß Abweisung von Anträgen eine der vornehmsten Aufgaben und verdienstlichsten Leistungen der Rechtsanwendung sei. Erfreulicherweise mehren sich die Beispiele, daß die Oberinstanzen in richtiger Auffassung der Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf möglichste gegenseitige Unterstützung der Gerichte hinarbeiten.

2. a) Jolly, BadRpr. **10** 246 (gegen **RG. 67** 416, JDR. 7 982). Der preußische Amtsrichter, der den Schwängerer über seine Verpflichtungen vernimmt und die vollstreckbare Unterhaltspflicht beurkundet, handelt hierbei lediglich als Urkundsrichter, nicht als Vormundschaftsrichter. Daß diese Urkundstätigkeit im Zusammenhange mit einer Vormundschaft steht, macht sie nicht zu einer Vormundschaftssache. Folglich kann das Vormundschaftsgericht wohl ein anderes Gericht ersuchen, den Schwängerer zu vernehmen, ihn über seine Pflichten zu belehren, aber mehr, insbes. die Aufnahme der Urkunde selbst, kann das ersuchende Gericht nicht verlangen. **b**) Dagegen *Josef, BadRpr. **11** 51. Vormund und Pfleger stehen unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts; dieses hat die Amtspflicht, auf das Vermögen des Mündels Obacht zu geben, danach auch die Feststellung der Mündelansprüche, ferner die Beseitigung von Streitigkeiten und die erforderliche Auseinandersetzung, an denen der Pflegling beteiligt ist, im Auge zu behalten. Diese seine eigene Amtspflicht fördert also das Vormundschaftsgericht, indem es bei den gedachten Angelegenheiten den Vormund (Pfleger) unterstützt und dritte Personen veranlaßt, den Antrag auf öffentliche Beurkundung der im Interesse des Mündels liegenden Erklärungen zu stellen, auch daß es in seiner Eigenschaft als Urkundsgericht diese Beurkundung bewirkt. Und in demselben Umfange kann das Vormundschaftsgericht auch die Rechtshilfe anderer Gerichte ansprechen, also sie ersuchen, den Dritten zur Stellung des Antrags auf Beurkundung zu veranlassen und die Beurkundung zu bewirken. Bei diesem Ersuchen handelt also das Vormundschaftsgericht in Erfüllung der ihm obliegenden Amtstätigkeit. Dagegen haben das Grundbuchamt und das Nachlaßgericht keine Aufsicht über den Eigentümer oder den Erben, also auch keine Amtspflicht auf Vervollständigung von Eintragungsgrundlagen oder auf Berichtigung des durch den Erbfall unrichtig gewordenen Grundbuchs Obacht zu geben. Wenn es hier dennoch die Beteiligten unterstützt, so handelt es nur aus Gefälligkeit gegen die Beteiligten; und da eine dem Grundbuchamt oder dem Nachlaßgericht obliegende Amtspflicht nicht in Frage steht, können diese Behörden auch nicht im Wege der Rechtshilfe die Tätigkeit anderer Gerichte in Anspruch nehmen zu Beurkundungen, durch die ein gestellter Antrag vervollständigt oder eine Berichtigung des Grundbuchs ermöglicht werden soll.

3. a) Cohn, Handelsregister, 103. Die Anmeldung zum Handelsregister kann auch bei dem vom Registergericht um Entgegennahme der Anmeldung ersuchten Gerichte bewirkt werden, im letzteren Falle ist jedoch das ersuchte Gericht befugt, das Ersuchen abzulehnen, da die Beurkundung einer Anmeldung zum Handelsregister keine den Gerichten durch Reichsgesetz übertragene Angelegenheit und ein Rechtshilfeverlangen auf Bewirkung dieser Beurkundung mithin nicht begründet ist. b) Schlegelberger, BuschsZ. **41** 257. Eine Rechtshilfepflicht gemäß § 2 FGG. besteht aus den zu a mitgeteilten Gründen zwar nicht. Daneben ist

aber zu prüfen, ob dem Ersuchen nicht zu entsprechen wäre, weil nach preußischem Rechte die Gerichte sich, auch wenn ein Fall der Rechtshilfe nicht gegeben ist, gegenseitig Beistand zu leisten haben. Über Beschwerden entscheidet nach Art. 87 Abs. 2 AGGVG. das Oberlandesgericht. Auch Beistand kann jedoch im vorliegenden Falle das Registergericht nicht verlangen, weil die Beurkundung der Anmeldung (§ 167 FGG.) im Gegensatze zu Entgegennahme der Anmeldung in der durch § 12 HGB. gebotenen urkundlichen Form nicht zu seinem Geschäftskreise, sondern zu dem Geschäftskreise des ersuchten Gerichts gehört. c) Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. 20 106. Das Registergericht kann, wenn es die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister erwirken will (§ 12 HGB.), zunächst von der Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens (§ 14 ebd., § 132 FGG.) absehen und den Anmeldungspflichtigen zum Termine vorladen, um in diesem von ihm die Anmeldung zu erfordern. Folglich kann das Registergericht auch ein auswärtiges Gericht ersuchen, den Anmeldungspflichtigen vorzuladen und ihn im Termine zur Abgabe der Anmeldungserklärung aufzufordern. Dies Ersuchen erfolgt in einer Handelsregistersache, bei der Führung des Handelsregisters, also in einer den Gerichten durch Reichsgesetz übertragenen Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und kann folglich nach § 2 FGG. nicht abgelehnt werden. Gleichgültig ist danach, ob die verlangte Amtshandlung, d. h. die Beurkundung der Anmeldungserklärung den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen ist; es genügt vielmehr, daß das Ersuchen in einer Handelsregistersache ergeht. Auch erfolgt das Ersuchen behufs Förderung der dem Registergericht obliegenden Pflicht über die Richtigkeit des Registerinhalts zu wachen, nicht also behufs Einholung einer Erklärung im Interesse der Beteiligten, sondern behufs Erfüllung der dem Registergericht obliegenden Amtspflicht. Der Umstand, daß dem ersuchten Gerichte nach seinem Landesrechte die Zuständigkeit zu öffentlichen Beurkundungen abgeht und für diese die Notare allein zuständig sind, rechtfertigt gleichfalls nicht die Ablehnung des Ersuchens, da nach § 194 Abs. 4 FGG. die Verpflichtung der Gerichte zur Leistung der Rechtshilfe auch dann besteht, wenn die verlangte Verrichtung nach Landesrecht nichtgerichtlichen Behörden obliegt. — Bedarf ein Gericht zur Erledigung der ihm obliegenden Amtsgeschäfte des Beistandes eines anderen Gerichts, ohne daß die Voraussetzungen der Rechtshilfe vorliegen, so kann es diese Beistandsleistung nicht durch Entscheidung des Oberlandesgerichts erzwingen (§ 160 GVG.), sondern nur ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde anregen (JDR. 2 2, 14, 17, 37, 3 2, 178, 4 558, 5 991, 7 983.

4. *Josef, ZBlFG. **10** 621 (gegen **RG. 71** 303, s. unten II 1 b). Im § 159 GVG. ist sachliche Unzuständigkeit des ersuchten Gerichts als Ablehnungsgrund des Ersuchens nicht aufgenommen, weil der Gesetzgeber für das ursprünglich auf Zivil- und Strafprozeß beschränkte Anwendungsgebiet der Vorschrift einen Fall der sachlichen Unzuständigkeit des ersuchten Gerichts nicht als möglich annahm. Der Gesetzgeber des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem dies und weiter bekannt war, daß in einzelnen Staaten die Zuständigkeit der Gerichte zu öffentlichen Beurkundungen ausgeschlossen sei und auf Grund des Art. 141 EGBGB. ausgeschlossen bleiben werde, hat aber dennoch im § 2 die unbeschränkte — nicht bloß entsprechende — Anwendung des § 159 auf die Rechtshilfe in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgeschrieben, also die Anwendung auch mit der Maßgabe, daß sachliche Unzuständigkeit des ersuchten Gerichts zu der verlangten Handlung die Ablehnung des Ersuchens nicht rechtfertigt. Folglich kann das ersuchte Gericht das Ersuchen nicht deshalb ablehnen, weil die verlangte Handlung eine öffentliche Beurkundung ist und nach dem Landesrecht des ersuchten

Gerichts die Zuständigkeit der Gerichte zu öffentlichen Beurkundungen ausgeschlossen ist. Begriffsmäßig kann von Rechtshilfe sehr wohl die Rede sein, auch wenn die verlangte Handlung in ihrer Art dem Geschäftsbereiche des ersuchten Gerichts nicht angehört; dies ergibt sich aus § 194 Abs. 4 FGG., wonach die Verpflichtung der Gerichte zur Leistung der Rechtshilfe auch dann besteht, wenn die verlangte Verrichtung nach Landesrecht nichtgerichtlichen Behörden obliegt. Für die gedachte Absicht des Gesetzes spricht ferner der Umstand, daß die Zulässigkeit einer Ablehnung wegen sachlicher Unzuständigkeit zu Beurkundungen zahlreiche Zweifel und Schwierigkeiten im Gefolge haben würde.

5. * Josef, R. **10** 298 (gegen OLG. Celle, unten 2 b). Jn der FG. kann ein Gericht im Wege der Rechtshilfe die Tätigkeit des Gerichtsschreibers eines anderen Gerichts in Anspruch nehmen. Denn das Ersuchen geht dahin: der Richter des ersuchten Gerichts solle seinen Gerichtsschreiber anweisen, jemanden nach § 11 FGG. zu Protokoll derart zu vernehmen, daß dieser Vernehmung eine Vorladung des zu Vernehmenden durch den Gerichtsschreiber vorausgehe. Also die ersuchte Handlung ist eine solche des Richters, das Ersuchen geht auf Ausführung einer Handlung des Gerichts.

II. Rechtsprechung. Allgemein. **a)** OLG. **18** 382, SeuffBl. **09** 110 (München). Ein Ersuchen um Rechtshilfe liegt nur vor, wenn das Gericht eine Handlung, die es an und für sich auch selbst vornehmen kann, aus besonderen, insbes. Zweckmäßigkeitsgründen einem anderen Gericht überträgt. Daher liegt jenes Ersuchen nicht vor, wenn das Nachlaßgericht ein anderes Gericht um Einleitung einer Pflegschaft für einen abwesenden Erben ersucht. **b)** OLG. **18** 378 unter b (Celle). Der Fall der Rechtshilfe ist nur gegeben, wenn ein Gericht ein anderes Gericht um die Vornahme einer richterlichen Handlung ersucht; das Ersuchen um Bereitstellung der Gerichtsschreiberei fällt darunter nicht. S. hiergegen Josef I unter 5. **c)** OLG. **20** 93 (München), ferner eb. **21** 190, R. **10** Nr. 2286 (Colmar). Läßt sich die Amtshandlung auf verschiedene Weise erledigen, nämlich durch Rechtshilfe oder ohne solche, so entscheidet über die Zweckmäßigkeit des einzuschlagenden Verfahrens lediglich das ersuchende Gericht, ohne Nachprüfungsrecht des ersuchten. Daher kann das Ersuchen um Vernehmung der Mündelmutter über den Aufenthalt des Mündels und seinen Unterhalt nicht abgelehnt werden. Dagegen kann die Rechtshilfe abgelehnt werden, wenn das ersuchende Gericht in nicht gebotener, wenn auch vielleicht rechtlich zulässiger Weise über seinen Geschäftskreis hinausgeht, z. B. wenn es Erklärungen des Vormundes über eine Erbabfindung für den Mündel, die es dem Gegenbeteiligten schriftlich mitteilen könnte oder die Aufforderung zur Alimentenzahlung, durch Ersuchen eines anderen Gerichts mitteilen will. **d)** R. **10** Nr. 1429 (Jena). Zieht das Gericht aus Zweckmäßigkeitsgründen die mündliche Bekanntmachung einer Verfügung der schriftlichen vor, so darf das hierum ersuchte Gericht jene Gründe nicht nachprüfen. **e)** DJZ. **09** 605 (KG.). Rechtshilfe bei dem Austritt aus der Kirche nach preuß. Rechte zu leisten. **f)** KGJ. **37** 7. Keine Rechtshilfepflicht der preuß. Notare gegenüber Verwaltungsbehörden.

III. Vormundschaftssachen. 1. **RG. 71** 303, JW. **09** 466. **a)** Das RG. hält fest an der früheren (**RG. 67** 416; s. JDR. **7** 982) Ansicht, wonach das ersuchte Gericht verpflichtet ist, den Erzeuger vorzuladen, ihn über die Vaterschaftsanerkennung, die Unterhaltspflicht und die Vollstreckungsunterwerfung zu hören (ebenso Düsseldorf, RheinA. **108** 250, ZBlFG. **11** 461 Nr. 399). **b)** Jst aber das ersuchte Gericht ein reichsländisches, so kann es nicht die Erklärung des Erzeugers, wonach dieser sich der Zwangsvollstreckung wegen der Unterhaltsbeiträge unterwirft, beurkunden, da nach § 44 ElsLothAGFGG. hierfür die Notare ausschließlich zuständig sind. (So auch OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **09** 171 u. 277.) [S. dagegen Josef I unter 4.]

2. **RG.** OLG. **21** 191, SeuffA. **65** 383, HessRspr. **11** 4, DJZ. **10** 590, R. **10** Nr. 3409 (Darmstadt). Das Ersuchen um Rechtshilfe, dem volljährig gewordenen Mündel sein Sparkassenbuch auszuhändigen, darf nicht abgelehnt werden. Die Befugnisse des Vormundschaftsgerichts sind hinsichtlich der zur Erledigung der Vormundschaft vorzunehmenden Geschäfte in vollem Umfange fortbestehend. Daher ist es trotz § 1890 dem VormG. nicht verwehrt, in Unterstützung der Tätigkeit des Vormundes die fr. Urkunden unmittelbar dem früheren Mündel auszuhändigen, folglich ist auch ein diesbezügliches Ersuchen um Rechtshilfe zulässig. Hierdurch aufgehoben Breslau, OLG. **18** 381. Vgl. III 2.

3. BadRpr. **10** 198, ZBlFG. **11** 370 Nr. 270 (Karlsruhe). Wenn auch nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß das VormG. eine Erklärung des früheren Pfleglinges über Entlastung des Gerichts und des Pflegers entgegenzunehmen hat, so ist doch dieser Rechtsakt als nahe mit dem Vormundschaftswesen zusammenhängend den Gerichten als vom Reichsrecht mit übertragen anzusehen. Das Ersuchen hierum darf also nicht abgelehnt werden.

4. DJZ. **11** 157 (KG.); OLG. **18** 379 (Breslau). Die Erledigung des Ersuchens, den minderjährigen Schwängerer um Anerkennung der Vaterschaft und seiner Unterhaltspflicht zu vernehmen, darf nicht von der Beibringung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht werden.

5. OLG. **20** 95, R. **09** Nr. 3366 (KG.). Das Ersuchen, das vom VG. zwecks Vorbereitung der Entscheidung über seine Zuständigkeit zur Einleitung der Vormundschaft über ein uneheliches Kind an das Gericht des Aufenthalts der Mutter gerichtet wird, sie richterlich darüber zu vernehmen, wo das Kind bei der Geburt den Wohnsitz gehabt hat, darf nicht abgelehnt werden, auch wenn nach Ansicht des ersuchten Gerichts die Vernehmung durch den Gerichtsschreiber ebenso zweckmäßig wäre.

6. S. I 2 unter c: Übermittelung bloßer Erklärungen und Aufforderungen des Vormundes.

7. RheinArch. **108** 250, ZBlFG. **11** 461 Nr. 399 (Düsseldorf). Das Vormundschaftsgericht ist nicht berechtigt, das im Interesse des Mündels erfolgende Ersuchen (1a) auf die Verpflichtungen des Vaters gegenüber der unehelichen Mutter auszudehnen.

IV. Nachlaßgericht. 1. OLG. **18** 382 (München). Eine Mitwirkung zur Berichtigung des durch den Erbfall unrichtig gewordenen Grundbuchs ist dem Nachlaßgerichte weder durch das BGB. noch durch andere Gesetze eingeräumt. Daher kann das Ersuchen des Nachlaßgerichts, einen Beteiligten mit der Löschungsbewilligung betr. des für den Erblasser eingetragenen Rechtes zu vernehmen, abgelehnt werden. Vgl. Josef I 2b.

2. R. **11** Nr. 207 (Braunschweig). Die Gerichte sind nicht verpflichtet, Rechtshilfe zu leisten zur Aushändigung des Nachlasses nach Aufhebung der Nachlaßpflegschaft. Vgl. aber II unter 2.

3. RheinA. **108** 251, ZBlFG. **11** 467 Nr. 440 (Cöln). Ein Rechtshilfeersuchen um Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung in Nachlaßsachen (Nachlaßpflegschaftsangelegenheiten, Versicherung über den Zeitpunkt der Kenntnisnahme vom Tode des Erblassers usw.) darf nicht abgelehnt werden.

V. Beurkundungs- und Grundbuchsachen. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 823, JW. **10** 717, R. **10** Nr. 2708. Hat das Grundbuchamt die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet und bedarf es, um die beantragte Eintragung zu bewirken, einer weiteren Urkunde, so liegt die Errichtung dieser Urkunde außerhalb der Obliegenheiten des Urkunds- und Grundbuchamts. Denn die Verrichtung des Urkundsbeamten ist beendigt mit der Aufnahme der Urkunde und die Verrichtung des Grundbuchamts zur Eintragung entsteht erst, wenn die Eintragungsgrundlagen vollständig vorliegen. Wenn also in solchem Falle das Amtsgericht ein

anderes Gericht ersucht, einen Beteiligten mit der weiter noch erforderlichen Urkunde, z. B. einer Vorrangseinräumung, zu vernehmen, so kann dies Ersuchen abgelehnt werden. Denn dem ersuchenden Gerichte liegt keine Amtspflicht zur Beschaffung der noch weiter erforderlichen Urkunde ob; der ersuchende Richter kann zwar aus Gefälligkeit gegen die Beteiligten eine solche Urkunde selbst aufnehmen; er kann aber nicht die Mitwirkung anderer Gerichte hierzu verlangen. Doch widerspricht die Ablehnung eines solchen Ersuchens den Anforderungen des behördlichen Verkehrs, so daß durch Eingreifen der Dienstaufsichtsbehörde die Erledigung des Ersuchens zu erzwingen ist. Ein Fall der Rechtshilfe aber liegt nicht vor. Vgl. Josef I 2 **b.**

2. Jaritz, GruchotsBeitr. **54** 787. Die Beurkundung von Wechselprotesten ist, obwohl Beurkundung von Tatsachen, den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen. Ist aber der Protest nicht am Sitze des Gerichts, sondern in einem Nachbarorte vorzunehmen, so kann, obwohl nach § 2 FGG. der § 167 GVG. an sich anwendbar wäre, von Rechtshilfe nicht die Rede sein, weil die Amtshandlung nicht in den Geschäftsbereich des ersuchenden, sondern in den des ersuchten Gerichts fällt.

§ 5. Vgl. Unger, DNotV. **10** 257. (Übersicht über die zu § 5 ergangenen Entscheidungen.) — Art. VI Ziff. 1 des Reichsges. betr. die Zuständigkeit des RG. v. 22. Mai 1910: falls das RG. das gemeinschaftliche obere Gericht ist, erfolgt die Bestimmung durch das OLG., zu dessen Bezirke das zuerst mit der Sache befaßte Gericht gehört.

1. ElsLothZ. **10** 277, ZBlFG. **11** 45 Nr. 15 (Colmar). Bei Ungewißheit über die örtliche Zuständigkeit wird ein Amtsgericht nicht dadurch zuständig, daß es sich irrtümlich für zuständig hält; es trifft vielmehr auch in diesem Falle der § 5 FGG. zu (§ 4 eb.). Für die Bestimmung des zuständigen Gerichts kommen als maßgebend in Betracht die Erwägungen, auf Grund deren nach § 46 Abs. 2 FGG. die Überleitung einer Vormundschaft erfolgt.

2. KGJ. **38** 3, DJZ. **10** 84, R. **10** Nr. 365. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das gemeinschaftliche obere Gericht nach § 5 findet nicht statt, wenn die HK. und die ZK. desselben LG. sich zum Erlaß eines Beschwerdebeschlusses für unzuständig erklärt haben. Der Beteiligte hat vielmehr gegen die Beschlüsse beider Kammern weitere Beschwerde einzulegen.

3. JDR. **7** 984 II b auch OLG. **17** 359.

4. JDR. **7** 984 II c auch OLG. **18** 309 Anm. 1.

5. Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. 35. Besteht Streit oder Ungewißheit nicht, oder können sie ohne Anrufung des Obergerichts geschlichtet werden, so findet die Abgabe der Sache ohne weiteres im Wege der Einigung der Gerichte statt. Vgl. über die Rechtslage zu § 18 unter 1 b und zu § 21 unter 5.

§ 6. Über Ausschließung der Urkundsperson von der Beglaubigung s. zu § 183 unter 2.

§ 7. Literatur: Josef, Die Wirkung der Unzuständigkeit des Gerichts bei bloßen Anmeldungen und bei materiell-rechtlichen Erklärungen in der FG., GruchotsBeitr. **54** 581—592. — Unger, Rechtsmittel im Verfahren der FG., BuschsZ. **39** 61 ff. — Wolff, Erbschaftsausschlagung gegenüber einem unzuständigen Nachlaßgericht, DJZ. **09** 1488 (JDR. **4** 479, **6** 523, **8** 519).

I. Rechtsprechung. 1. **RG. 71** 107, ZBlFG. **10** 160 Nr. 143, R. **09** Nr. 1923. Der im § 7 FGG. ausgesprochene — singuläre — Grundsatz, daß gerichtliche Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht deswegen unwirksam sein sollen, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gerichte vorgenommen worden sind, gilt nicht auch für Handlungen und Erklärungen, die — wie die Anmeldung und Niederlegung eines Musters oder Modells (§ 9 MustG. v.

11. Januar 1876) — von einer Partei bei einem Gerichte vorzunehmen sind. Hier verbleibt es bei den Bestimmungen über die ausschließliche örtliche Zuständigkeit.

2. **RG. 71** 383, JW. **09** 508, R. **09** Nr. 2502, 2503. Erbschaftsausschlagung vor unzuständigem Gerichte, s. JDR. 8 519.

3. KGJ. **39** 57, OLG. **21** 299, RJA. **10** 243, R. **11** Nr. 431. Ob der vom RG. (2) aufgestellte Grundsatz für den dortigen Sachverhalt zutrifft, bleibt dahingestellt als allgemein gültiger ist er nicht anzuerkennen.

II. Rechtslehre. 1. Wolff, DJZ. **09** 1488, s. JDR. 8 520.

2. *Josef, GruchotsBeitr. **54** 581—592, bespricht das Urt. d. RG. zu 1 zustimmend, das zu 2 bekämpfend und stellt für die gesamte FG. folgende Grundsätze auf: 1. Eine vom unzuständigen Gericht erfolgte Eintragung ist nach § 7 grundsätzlich wirksam, auch wenn nach gesetzlicher Vorschrift die Anmeldung, d. h. der Eintragungsantrag, bei einem anderen Gericht anzubringen war. Insbesondere ist die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft und des Vereins, die auf Grund einer von den Beteiligten nicht beim Gerichte des Sitzes, sondern bei einem anderen — unzuständigen — Gerichte bewirkten Anmeldung von diesem erfolgt, wirksam. Wo dagegen die Anmeldung der Beteiligten bei einem bestimmten Gerichte deshalb vorgeschrieben ist, weil die Eintragung nur, wenn sie bei diesem bestimmten Gericht erfolgt, den vom Gesetze verfolgten Zweck erreicht, ist die bei einem anderen — unzuständigen — Gerichte seitens der Beteiligten erfolgte Anmeldung unwirksam, der § 7 also unanwendbar; insbesondere kann die Bestimmung des Musterschutz- und des Güterrechtsregisters nur erreicht werden, wenn die Eintragungen ausschließlich vom zuständigen Gericht erfolgen, die des unzuständigen aber, bei dem die Anmeldung erfolgt ist, unwirksam sind. 2. Im Gegensatze zu den unter 1 gedachten Anmeldungen, die nur Eintragungsanträge sind, sind die Erklärungen, die in der freiwilligen Gerichtsbarkeit „gegenüber einem Gericht" abzugeben sind, materiell-rechtlicher Natur und von selbständiger Bedeutung. Da eine solche Erklärung sich darstellt als Antrag auf Aufbewahrung der Erklärung, so hat das angegangene Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen, und, wenn es sie verneint, die Entgegennahme und Aufbewahrung der Erklärung abzulehnen. Die vom unzuständigen Gericht irrtümlich bewirkte Entgegennahme und Aufbewahrung der Erklärung rechtfertigt aber nicht die Anwendung des § 7 auf die Parteierklärung; vielmehr ist und bleibt diese als selbständige, materiell-rechtliche Erklärung, insbesondere die Erbschaftsausschlagung, weil vor dem unzuständigen Gericht abgegeben, unwirksam, und die entgegengesetzten Vorschriften des früheren preußischen Rechtes sind vom BGB. bewußt abgelehnt. Wohl aber ist eine demnächst vom unzuständigen Gericht auf Grundlage der unwirksamen Parteierklärung erlassene Verfügung, z. B. die Erteilung des Erbscheins an den von der Ausschlagung benachrichtigten, nächstberufenen Erben (§ 1953 Abs. 3), nach § 7 wirksam; der Erbschein genießt also den öffentlichen Glauben wie ein vom zuständigen Gericht erteilter. Die ihm anhaftende Unwirksamkeit der Ausschlagung hat aber die Unrichtigkeit des Erbscheins zur Folge und diese kann durch Beschwerde gegen die Erteilung des Erbscheins sowie im Prozeßwege geltend gemacht werden. Zustimmend Unger, DNotV. **11** 94.

3. Unger, BuschsZ. **39** 61. Bei Beschwerde gegen Verfügungen des unzuständigen oder ausgeschlossenen Richters ist der Beschwerdeführer der Notwendigkeit einer weiteren Darlegung der Unrichtigkeit enthoben. Wird aber erst die Endverfügung angefochten, so muß als Erfordernis der Beschwerdebefugnis noch die „Beeinträchtigung" (§ 20) ersichtlich sein, d. h. es muß eine dem Beschwerdeführer günstige Änderung der Verfügung denkbar sein. Ist also die angefochtene Endverfügung zugunsten des Beschwerdeführers ergangen, so fehlt ihm das Beschwerderecht. — Dagegen *Josef, ZBlFG. **11** 605. Der Beteiligte hat ein unbedingtes Recht darauf, daß bei der Erledigung seiner Angelegenheit das Gericht die gesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit und die Ausschließung beobachtet und dies Recht ist beeinträchtigt,

selbst wenn die Verletzung jener Vorschriften auf die wirtschaftliche Rechtslage des Beteiligten keinen Einfluß hat, also auch wenn die Verfügung ganz nach dem Antrag des Beteiligten ergangen, eine für den Beschwerdeführer günstigere Änderung des Inhalts der Verfügung also undenkbar ist. Die Beschwerde bezweckt dann lediglich die Aufhebung der Verfügung, damit demnächst durch das zuständige Gericht oder durch einen nicht ausgeschlossenen Richter eine neue Verfügung desselben Inhalts erlassen werde.

4. * Josef, BuschsZ. **40** 315. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, die dem Notar aus den von ihm aufgenommenen Urkunden nach § 797 Abs. 2 ZPO. obliegt, ist in der ZPO. geregelt, also eine Handlung der streitigen Gerichtsbarkeit; der Notar steht also hier nicht anders da, wie der Gerichtsschreiber, und für die Frage, ob er von der Erteilung der Vollstreckungsklausel ausgeschlossen ist, kommt nicht § 7 FGG., sondern § 41 ZPO. zur Anwendung. Der Notar ist also, wenn sein Neffe eine vollstreckbare Urkunde verlautbart, von der Beurkundung nicht ausgeschlossen, da er mit den Neffen im dritten Grade verwandt ist (§ 170 Ziff. 3 FGG.), während er von der Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 41 Ziff. 3 ZPO. ausgeschlossen ist. Auch nachträgliche Umstände können die Ausschließung des Notars von Erteilung der Vollstreckungsklausel herbeiführen; z. B. der Notar, der die von A. zugunsten des B. erklärte vollstreckbare Urkunde aufgenommen, heiratet später die Tochter des Gläubigers oder Schuldners. Da in Preußen für derartige Behinderungsfälle gesetzlich Vorsorge nicht getroffen ist, so geht hier der Gläubiger seines Rechtes auf vollstreckbare Ausfertigung verlustig.

§ 8. Literatur: Hollander, Fremdsprachige Beitrittserklärungen zur Genossenschaft, ZBlFG. **10** 149. — Josef, Doppelsprachige Erklärungen, R. **10** 293.

I. Rechtslehre. 1. Josef, R. **10** 294. a) Der Vermerk über die gerichtliche Beglaubigung einer Unterschrift ist in deutscher Sprache zu fassen. Ist die Urkunde zum Gebrauch im Auslande bestimmt und verlangt das Auslandsrecht einen Beglaubigungsvermerk in ausländischer Sprache, so steht nichts im Wege, daß der Notar außer dem deutschen noch einen Beglaubigungsvermerk in ausländischer Sprache anfertigen läßt und ihn gleichfalls unterschreibt. b) Wo ein Anhalt für eine böse Absicht nicht vorliegt, wird das Gericht das fremdsprachliche Schriftstück nicht völlig unbeachtet lassen, sondern, wenn ihm der Inhalt des Schriftstücks verständlich ist, dem Absender anheimgeben, sich der deutschen Sprache zu bedienen.

2. Hollander, ZBlFG. **10** 149. Das Gericht muß eine in polnischer und deutscher Sprache abgefaßte Beitrittserklärung zur Genossenschaft berücksichtigen; denn eine solche Erklärung ist keine „gerichtliche", auf sie also § 8 nicht anwendbar. Das Registergericht hat aber nach § 12 zu ermitteln, welcher Sprache der Beitretende mächtig ist; es kann auch vom Vorstande verlangen, daß dieser die deutsch und die polnisch sprechenden Genossen gesondert aufzähle. — Dagegen

3. * Josef, R. **10** 294. Verwendet der Vorstand zur Überreichung der Erklärung ein Formular, das des Vorstandes Anzeige in beiden Sprachen enthält, so wäre das Schriftstück, als eine Ungebührlichkeit, nicht zu berücksichtigen. Ist aber des Vorstandes Anzeige lediglich in deutscher Sprache abgefaßt, so ist die Doppelsprachigkeit der Beitrittserklärung keine Ungebühr, weil Formulare dieser Art in sprachlich gemischten Gegenden zweckmäßig sind; das Gericht hat folglich die Eintragung zu bewirken, ohne daß ihm irgendwelche Ermittelungspflicht obliegt.

II. Rechtsprechung. KGJ. **39** 133, RJA. **10** 208, ZBlFG. **11** 113, OLG. **21** 55, DJZ. **10** 769, R. **10** Nr. 2459 u. 3258. Das Registergericht hat die Eintragung einer lediglich in polnischer Sprache abgefaßten Austrittserklärung eines Genossen abzulehnen. Denn nach § 8 FGG. mit § 186 GVG. ist die deutsche Sprache Gerichtssprache für den gesamten Geschäftsverkehr mit dem Gericht, also auch für Eingaben der Rechtsuchenden.

§ 11. 1. *Unger, BuschsZ. **38** 503 f. Zur Aufnahme der Beschwerde ist der Gerichtsschreiber eines anderen Amtsgerichts, als des in der Sache zuständigen, nicht verpflichtet. Die durch ihn bewirkte Aufnahme der Beschwerde hat die formelle Bedeutung einer durch einen Privaten aufgesetzten Beschwerdeschrift. — Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **19** 208; s. zu §128 (Handelsregister-Beschwerde).

2. *Unger, BuschsZ. **38** 513 f. Zu den wesentlichen Erfordernissen eines Protokolls über Verfahrensanbringen gehört weder die Unterschrift des Anbringenden, noch die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls.

3. *Josef, HoldheimsMSchr. **19** 209. In landesgesetzlichen Angelegenheiten hat der Umstand, daß § 11 auf die vor dem Amtsgericht abzugebende Erklärung keine Anwendung findet, keinen Einfluß auf die Form der Beschwerde-Erklärung. Folglich kann, wenn nach Landesrecht eine Erklärung nur vor einem bestimmten Gericht erfolgen kann und das Gericht die ihm auf Grund solcher Erklärung obliegende Tätigkeit ablehnt, die Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines beliebigen Amtsgerichts erklärt werden.

§ 12. Literatur: Josef, Wahre Parteien und bloße Streitbeteiligte in der FG., ZBlFG. **10** 361—380. — Derselbe, Ermittelungen und Beweisaufnahmen in der FG., R. **10** 297. — Derselbe, Die Einwirkung des Hervortretens streitiger Rechtsverhältnisse in der FG., R. **10** 464. — Derselbe, Schutz fremder Rechte bei der Nachlaßsicherung, ABürgR. **33** 308. — Derselbe, Aussetzung den Verfahrens, BuschsZ. **39** 333. — Unger, Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **39** 78—94. — Derselbe, DNotV. **10** 309 (Übersicht über Entscheidungen).

Rechtslehre. I. 1. Allgemeines. **a)** *Josef, BuschsZ. **39** 333, Aussetzung des Verfahrens: Über diese hat das FGG. keine allgemeinen Vorschriften; die Aussetzung ist aber bei der freien Gestaltung des Verfahrens zweifellos zulässig, wo sie nach der Sachlage gerechtfertigt erscheint. Über Beschwerde gegen die Aussetzungsverfügung s. zu § 20 unter I g und § 27 unter 7; über Entscheidungspflicht des Gerichts bei entstandenem Streit s. 5. **b)** Schleyer, ZBlFG. **11** 278, Aussetzung im preuß. Fürsorge-Erziehungsverfahren.

2. **a)** *Josef, ABürgR. **33** 308, ZBlFG. **10** 375. Der § 12 besagt nicht, daß das Gericht einen streitigen Sachverhalt unter allen Umständen von Amts wegen aufzuklären habe, sondern nur, daß, wenn Ermittelungen erforderlich sind, also soweit dem Gericht eine Ermittelungspflicht gesetzlich obliegt, das Gericht nicht (wie im Zivilprozesse) den Beteiligten die Beschaffung von Beweismitteln aufgeben kann, das Gericht vielmehr (wie im Strafprozeß und im Verwaltungsstreitverfahren) den Sachverhalt von Amts wegen festzustellen hat. Ob aber jene Voraussetzung vorliegt, ob also dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Ermittelungspflicht obliegt, bestimmt sich nach dem materiellen Rechte. **b)** *Josef, ZBlFG. **10** 369. In der FG. gibt es keine Beweislast, weder im amtswegigen noch im Antragsverfahren, auch nicht im echten Streitverfahren; denn überall hat das Gericht den Sachverhalt von Amtswegen zu ermitteln. Immerhin kann im Streitverfahren die Frage nach der Beweislast als eine Frage des materiellen Rechtes in Betracht kommen. Beantragt z. B. der Mann die Ersetzung der Zustimmung der Frau nach § 1379 und ergeben die Ermittelungen des Vormundschaftsgerichts nicht, daß die Frau die Zustimmung „ohne ausreichenden Grund" verweigert, so ist der Antrag des Mannes abzuweisen. Daher wird der Mann die „erforderlichen Unterlagen" dahin geben müssen, daß die Weigerung grundlos erscheint. Das Beweismittel der Eideszuschiebung ist dem FGG. unbekannt; der Gesellschafter oder der Erbe, der die Ernennung von Liquidatoren oder die Entlassung des Testamentsvollstreckers beantragt, können also über die diesen Antrag rechtfertigenden Tatsachen nicht dem Gegenbeteiligten den Eid zuschieben. Über den Beweis durch Urkunden und die Erzwingung ihrer Vorlegung s. JDR. **5** 998.

3. Ermittelungen und Beweisaufnahmen. *Unger, BuschsZ. **39** 87 ff. Erfordert das Gericht der FG. die Auskunft von Personen, die ihm zur Auskunftserteilung als besonders geeignet erscheinen (z. B. von Verwandten), so unterfallen sie, auch wenn sie nicht als Zeugen oder Sachverständige über bestimmte Behauptungen zu vernehmen sind, dem Begriffe der Zeugen und Sachverständigen und hiermit dem § 15 FGG., so daß unter allen Umständen die im § 15 angezogenen Vorschriften der ZPO. anzuwenden sind. — Anders *Josef, R. **10** 269 ff. Die Abhörung und Auskunftserteilung kann ganz formlos geschehen; denn im Gegensatze zur ZPO., die nur bestimmte Beweismittel kennt, durch die die Partei dem Gerichte die Überzeugung von der Richtigkeit einer Tatsache beizubringen hat, bezeichnet das FGG. nicht die einzelnen zulässigen Beweismittel, deren sich das Gericht bei der amtswegigen Ermittelungspflicht bedienen kann.

4. Umfang der Ermittelungspflicht. Unger, BuschsZ. **39** 80. Bei solchen Verfahrenshandlungen, wie Antragstellung, Vertretung durch Bevollmächtigte, Beschwerdeführung, die also der Willkür der Beteiligten behufs Herbeiführung des von ihnen angestrebten Erfolges anheimgestellt sind, sind die Voraussetzungen und Formen, die nicht die innere Begründung der angestrebten richterlichen Verfügung, sondern nur die formelle Zulässigkeit der Verfahrenshandlung ergeben, vom Handelnden selbst zu erweisen, mangels dieses Erweises aber die Handlungen vom Gericht ohne eigene Ermittelungstätigkeit zurückzuweisen oder unberücksichtigt zu lassen.

5. Entscheidungspflicht bei streitigen Rechtsverhältnissen. *Josef, R. **10** 464—470. Sie liegt grundsätzlich dem Gerichte der FG. ob, das sie also nicht dem Prozeßgerichte zuweisen kann (JDR. **5** 996). Fälle, wo mittelbar die Entscheidungspflicht des Gerichts der FG. wegfällt, z. B § 36 GBO., wonach der Erbschein für das Grundbuchamt bindend ist, § 87 Abs. 2 FGG., wonach das Auseinandersetzungsgericht dem Antragsteller die Beseitigung des gegen sein Erbrecht erhobenen Widerspruchs aufgeben kann; auch wird durch die Fassung des § 163 eb. betreffs des Offenbarungseids dem Gerichte die Verpflichtung zur Entscheidung von Streitigkeiten über das Erbrecht und die Eidesleistungspflicht entzogen. — Ob die dem Gericht obliegende Verfügung die Entscheidung von Streitigkeiten erfordert, entscheidet sich nach dem materiellen Rechte. Vgl. zu § 166 (Pfandverkauf) u. JDR. **7** 986 (betr. des § 1836). — Da Eintragungen in öffentliche Bücher (Register) nur auf Grund formalisierter Erklärungen der Beteiligten und behördlicher Ersuchen stattfinden können, liegt der Buchbehörde nicht die Entscheidung von Streitigkeiten ob, die die Berichtigung erfolgter Eintragungen bezwecken, oder wenn über das Besitzrecht an eingereichten Hypothekenbriefen Streit entsteht; vielmehr hat sie das Grundbuchamt wie ein Verwahrer an den zurückzugeben, der sie eingereicht hat (KGJ. **39** 162).

6. *Josef, BuschsZ. **40** 296. Hat das Vormundschaftsgericht die vom Vormund erfolgte Veräußerung nachträglich genehmigt, so hat das Prozeßgericht wie das Registergericht die ursprünglich unwirksamen Erklärungen als wirksam zu erachten, ohne Rücksicht darauf, daß möglichenfalls infolge einer vom Vertragsgenossen des Vormundes an diesen erfolglos ergangenen Aufforderung gemäß § 1829 Abs. 2 die Genehmigung als verweigert gelten muß. Widerspricht der Erwerber unter der Behauptung eines solchen Sachverhalts der Eintragung, so kann das Registergericht auf Grund des § 12 den Sachverhalt selbst feststellen oder nach § 127 eb. die Beteiligten auf den Prozeßweg verweisen.

7. *Unger, BuschsZ. **39** 79 f. Die Ermittelungspflicht gilt auch für das Beschwerdegericht.

8. a) *Unger, BuschsZ. **39** 90 f. Das Beschwerdegericht ist befugt, die Tätigkeit des Erstinstanzgerichts zur Ausführung von Ermittelungshandlungen nicht

mittels Rechtshilfeersuchens, sondern mittels Anweisung als die eines Ausführungsorgans in Anspruch zu nehmen. b) * Josef, GruchotsBeitr. **55** 71 f. Liegt dem Amtsgerichte die Ausführung der Entscheidung des Beschwerdegerichts ob, so sind diese beiden Gerichte nicht als selbständige Träger zweier verschiedenen Amtsgewalten, sondern als ein einheitlicher Organismus aufzufassen. Das Beschwerdegericht bedient sich des Amtsgerichts als eines dessen Anweisungen ausführenden Organs. Das gleiche gilt, wenn das Beschwerdegericht vor Erlaß seiner Entscheidung eine sonstige Mitwirkung des Amtsgerichts für zweckmäßig erachtet.

9. Echtes Streitverfahren in der FG. a) * Josef, ZBlFG. **10** 361. Wenn ein im Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit gestellter Antrag nicht bloß materiell-rechtliche Voraussetzung des Verfahrens ist, sondern der durch den Antrag geltend gemachte Anspruch sich auch begriffsmäßig gegen einen Dritten richtet, die eigenen privatrechtlichen Beziehungen des Antragstellers zu diesem Dritten betrifft und der Anspruch ferner der freien Verfügung der Beteiligten durch Vergleich und Anerkenntnis unterliegt, so liegt nach der aus den Vorarbeiten ersichtlichen Absicht des Gesetzes dem Gerichte die Entscheidung eines privatrechtlichen Streites ob; das Gericht der freien Gerichtsbarkeit spricht in der Entscheidung aus, daß ein Recht der Beteiligten auf den im Gerichtsspruche zum Ausdrucke gebrachten neuen Rechtszustand bestehe. Nicht hierher gehört der Fall, wo das Gericht bei Streitigkeiten meherer gesetzlichen Vertreter entscheidet; denn diese Streitigkeiten betreffen eine den Streitenden obliegende amtsähnliche Tätigkeit, nicht deren eigenen Rechte. Auf das Verfahren finden sämtliche Vorschriften des FGG. Anwendung; die Streitenden haben hier also nicht die festabgegrenzte Stellung der Parteien des Zivilprozesses, vielmehr hat das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 12 FGG. aus den von den Streitenden anzugebenden Unterlagen den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Das persönliche Erscheinen der Beteiligten kann das Gericht nicht erzwingen, ebensowenig eine Auskunftserteilung durch die Beteiligten. Wie die Beteiligten über den geltend gemachten Anspruch durch Vergleich frei verfügen können, so auch durch Anerkenntnis. Nach dem Wesen des Verfahrens ist jede Prüfung der Richtigkeit des Anerkenntnisses ausgeschlossen und in solchem Falle die Entscheidung nach dem Antrag auch dann zu erlassen, wenn der Beteiligte, der sich mit dem Erlasse der vom Gegner beantragten Entscheidung einverstanden erklärt, die dem Antrage zugrunde liegenden Tatsachen bestreitet. b) * Josef, LeipzZ. **09** 829 ff. Im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben die Beteiligten nicht eine fest abgegrenzte Parteistellung, wie im Zivilprozesse; sie sind vielmehr nur Objekte für die den Gerichten nach § 12 FGG. obliegende Pflicht zu amtswegiger Ermittelungspflicht des Sachverhalts. Daher wird die durch den Antrag der Beteiligten entstandene Ermittelungspflicht des Gerichts durch den Konkurs nicht beseitigt, das Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit also durch die Konkurseröffnung nicht kraft Gesetzes unterbrochen. Das Gericht wird indes, insofern der Streit das zur Masse gehörige Vermögen betrifft, mit Rücksicht auf §§ 6, 7 KO. das Verfahren bis zur Erklärung des Konkursverwalters aussetzen.

II. Rechtsprechung. 1. Allgemein. BayObLG. **10** 186, ZBlFG. **10** 412 Nr. 352; ZBlFG. **11** 365 (KG.). Bei ausreichend geklärter Sachlage, ferner bei vorauszusehender Erfolglosigkeit sind weitere Ermittelungen abzulehnen.

2. OLG. **21** 261, 297, ZBlFG. **11** 364 (KG., Hamburg). Wiederholte Anhörung des Beteiligten nach der Beweisaufnahme und in der Beschwerde-Instanz hängt vom Ermessen des Gerichts ab. Auch bloße Bescheinigungen sind zulässige Beweismittel. KGJ. **39** 162. Das Gericht hat eingereichte Urkunden dem, der sie eingereicht hat, zurückzugeben, auch wenn ein Dritter auf Grund angeblichen Eigentums an der Urkunde dem widerspricht. Dieser Streit ist lediglich vom Prozeßgerichte zu entscheiden. [Grundbs.]

3. Vormundschafts- und Nachlaßsachen. a) ElsLothNotZ. **09** 279, ZBlFG. **10** 261 Nr. 232 (Colmar). Versagt das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zum Verkaufe des Mündelgrundstücks, weil dieser möglichenfalls für den Mündel nachteilig sein könnte, so verletzt es nicht den § 12. **b)** KGJ. **38** A 50. Das Vormundschaftsgericht darf die Genehmigung zu einem einseitigen Rechtsgeschäfte des Vormundes nicht wegen tatsächlicher oder rechtlicher Zweifel an der Rechtswirksamkeit des Geschäfts versagen, insbesondere die Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft nicht deswegen verweigern, weil die Annahme der Erbschaft bereits erfolgt oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen sei. **c)** OLG. **21** 275 (KG.). Vor der endgültigen Entscheidung sind vorläufige Anordnungen im Interesse des Kindes zulässig. **d)** ElsLothNotZ. **09** 74 (Colmar). Wenn das Nachlaßgericht, bei welchem die Erteilung eines Erbscheins beantragt ist, Zweifel hinsichtlich der Auslegung einer letztwilligen Verfügung hat, so kann es nicht unter Berufung auf § 2359 BGB. die Erteilung des Erbscheins ablehnen, es hat vielmehr hinsichtlich jener Auslegung Entscheidung zu treffen, vorbehaltlich späterer Entscheidung des Prozeßgerichts.

4. Registersachen. R. **09** Nr. 2192 (Colmar); ZBlFG. **11** 364, KGJ. **39** 40 (KG.). § 12 FGG. findet (vgl. § 66 Abs. 2, 3 PStG.) auch im Personenstandsberichtigungsverfahren Anwendung. **b)** KGJ. **37** A 101. Bestimmt das PStG., daß der Antragsteller bei seinem Antrag auf Vornahme einer Amtshandlung des Standesbeamten diesem gewisse Erfordernisse nachzuweisen habe, so gilt im gerichtlichen Verfahren aus § 11 Abs. 3 PStG. nicht die Ermittelungspflicht des § 12. **c)** KGJ. **39** 107, RJA. **10** 205, ZBlFG. **11** 111. Ist der Pächter eines Handelsgeschäfts als Inhaber der Firma eingetragen, so kann er nicht auf seinen einseitigen Antrag, sondern nur mit Zustimmung des Verpächters als Inhaber gelöscht werden. Denn nach dem das Handelsregister beherrschenden Konsensprinzipe kann die Löschung wie jede Eintragung nur auf Grund erklärter Bewilligungen und Anträge erfolgen, die amtswegige Ermittelungspflicht des Gerichts ist hier also ausgeschlossen. **d)** OLG. **21** 53, RJA. **10** 214, ZBlFG. **11** 118 (KG.). Hat der eine Gesellschafter die off. HGes. durch Erklärung gegenüber dem anderen angefochten, weil sie wegen arglistiger Täuschung nichtig sei und beantragt der andere die Bestellung eines Liquidators, ohne sich auf die der Anfechtung zugrunde liegenden Tatsachen zu erklären, so hat das Registergericht nach § 12 die Begründetheit der Anfechtung selbständig zu untersuchen. Nur aus zwingenden Gründen kann es gemäß § 127 FGG. die Entscheidung hierüber dem Prozeßgerichte zuweisen. Ergeben die selbsttätigen Ermittelungen des Registergerichts, daß der Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung nichtig ist, so ist die Bestellung des Liquidators unzulässig, weil rückwirkend feststeht, daß eine Gesellschaft niemals bestanden hat. **e)** OLG. **21** 50 (KG.). Umfang der Prüfungspflicht des Registergerichts bestimmt sich nach dem Zwecke der Registereinrichtung; regelmäßig ist es befugt, den Inhalt der Anmeldungen und der ihnen beigefügten urkundlichen Erklärungen zunächst als richtig anzunehmen.

§ 13. 1. Parteifähigkeit in der FG. a) KGJ. **37** A 39. Der Minderjährige ist berechtigt, selbständig beim Vormundschaftsgericht Anträge zu stellen und Beschwerde einzulegen, sofern er damit die in §§ 112, 113 BGB. angegebenen Rechtsgeschäfte durchführen will. **b)** * Josef, ZBlFG. **10** 372. Die minderjährige Frau kann selbständig beim Vormundschaftsgerichte den Antrag stellen, daß dieses die Entziehung der Schlüsselgewalt aufhebe (§ 1357 Abs. 2 Satz 2); denn die Schlüsselgewalt steht als ein Ausfluß der Ehe der Frau persönlich, nicht ihrem gesetzlichen Vertreter zu; gestattet das Gesetz der Minderjährigen die Eingehung der Ehe, so berechtigt sie das Gesetz hiermit auch stillschweigend, beim Vormundschaftsgerichte den Antrag auf Erlaß der ihr Recht auf die Schlüsselgewalt schützenden Anordnung zu stellen. Allerdings kann sie sich in diesem Verfahren nicht etwa mit dem Manne ohne Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters dahin vergleichen, daß dieser die Beschrän-

kung zurücknimmt, wogegen sie sich zu vermögensrechtlichen Leistungen aus ihrem Eingebrachten oder Vorbehaltsgut an den Mann verpflichtet. c) Rohde, ZBlFG. **11** 67. (S. a. BGB. § 1357 Ziff. I 2). Im Streitverfahren um die Schlüsselgewalt ergibt sich die Selbständigkeit der minderjährigen Frau zu Anträgen und zur Beschwerde aus der Natur ihres Rechtes, aus der Entstehung des § 1357 und aus der Absicht des Gesetzes, die Geschäftsfähigkeit der Frau zu erweitern. (Vgl. JDR. **5** zu § 13 unter 1.) **d)** Rohde, ZBlFG. **10** 742. Erbschaftsausschlagung für Geschäftsbeschränkte (Vater oder Pfleger?). **e)** * Josef, ZBlFG. **10** 373. Ist die minderjährige Frau mit Ermächtigung des Vormundes ein Dienstverhältnis eingegangen und verlangt der Mann vom Vormundschaftsgerichte die Ermächtigung zur Aufkündigung, so findet das Verfahren statt gegen die Frau, nicht gegen den Vormund; denn nach § 113 ist sie über die sich „aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen" voll geschäftsfähig. **f)** Rohde, ZBlFG. **11** 146. Das in §§ 1402, 1451 der Frau eingeräumte Antragsrecht auf Ersetzung der Zustimmung des Mannes zu Rechtsgeschäften der Frau steht, wenn sie minderjährig ist, nur dem Vormunde zu; ein Antragsrecht der Frau wäre praktisch wertlos, da der Vormund das Rechtsgeschäft vornehmen muß. **g)** * Josef, LeipzZ. **09** 829 ff. Ist ein Beteiligter in Konkurs gefallen, so hat das Gericht der FG. Anträge dieses Beteiligten abzulehnen und statt seiner den Konkursverwalter zum Verfahren zuzuziehen, da auf diesen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners übergegangen ist. **h)** Josef, KGBl. **11** 41. Öffentliche Beurkundung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter und Beglaubigung ihrer Unterschriften; s. zu § 167 V.

2. Vollmacht. **a)** Im allgemeinen. α. *Josef, ZBlFG. **10** 377. Das FGG. kennt keine „Prozeßvollmacht" i. S. des § 86 ZPO.; daher ist hier durch Auslegung zu ermitteln, welche Befugnisse dem Bevollmächtigten auf Grund der ihm erteilten Vollmacht zustehen. Danach ist aber gleichfalls anzunehmen, daß die Vollmacht nicht durch den Tod oder durch Veränderung in der Geschäftsfähigkeit aufgehoben wird; denn wer zur Wahrung seiner Interessen einen Vertreter bestellt, will diese geschützte Stellung um so mehr sich erhalten, wenn er infolge verminderter Fähigkeit zur persönlichen Wahrung seiner Rechte außerstande ist, und am wenigsten ist anzunehmen, daß er seinen Erben den Vorteil aus der Bestellung des Bevollmächtigten entziehen will. Ferner gilt auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Bevollmächtigte für ermächtigt, Zustellungen in Empfang zu nehmen und alle Erklärungen abzugeben, die das Verfahren mit sich bringt. β. * Josef, LeipzZ. **09** 834. Ist ein beim Verfahren der FG. Beteiligter durch einen Bevollmächtigten vertreten und verfällt er in Konkurs, so hat das Gericht die Vertretungsmacht als nach § 28 KO. erloschen anzusehen. **b)** Umfang der Vollmacht. α. OLG. **18** 370 (KG.). Der Notar ist nur ermächtigt, die Erteilung des Erbscheins in Gemäßheit des von ihm beurkundeten Antrags zu betreiben; zu einer Änderung des Antrags, also zum Antrag auf Erteilung eines inhaltlich anderen Erbscheins bedarf er der Zustimmung des Erben. β. ElsLothNotZ. **09** 161, ZBlFG. **10** 42 Nr. 12 (Colmar). Bei der Beurkundung eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterliegenden Rechtsgeschäfts hat der Notar, wenn Beteiligte durch Bevollmächtigte vertreten sind, festzustellen, in welcher Weise die Bevollmächtigung nachgewiesen (§ 12) ist; er darf sich nicht auf die bloße Behauptung, daß eine Bevollmächtigung vorliege, verlassen. γ. OLG. **19** 269 (KG.). Erhebt der Notar, der die Erteilung des Erbscheins beantragt hat, Beschwerde wegen des gerichtlichen Kostenansatzes, so kann, auch wenn er keine Vollmacht des Erben beigebracht hat, angenommen werden, daß er vom Erben in dessen Namen zur Beschwerde ermächtigt ist. δ. Rohde, ZBlFG. **10** 749. Der Notar, der die Erbschaftsausschlagung beurkundet hat, ist grundsätzlich ermächtigt, sie dem Nachlaßgericht einzureichen, auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausschlagung des gesetzlichen Vertreters in Empfang

zu nehmen. Vgl. JDR. **5** zu § 13 unter 2. **c)** Nachweis der Vollmacht. *Unger, BuschsZ. **39** 95. Kann die Vertretungsbefugnis eines angeblich zur Beschwerde Bevollmächtigten nicht festgestellt werden, so findet keine Zurückweisung der Beschwerde des Vertretenen, sondern die Zurückweisung des in der Erhebung der Beschwerde kundgegebenen Begehrens des angeblich Bevollmächtigten um Zulassung für den angeblich Vertretenen statt. Vgl. zu § 12 I 4.

§ 14. 1. BadRpr. **10** 94, ZBlFG. **10** 762 Nr. 667 (LG. Freiburg). Wird das Vormundschaftsgericht um die vom Prozeßgerichte nicht vorgenommene Regelung des Verkehrs der im Scheidungsprozesse liegenden Gatten mit den Kindern angegangen, so wirkt das für den Prozeß erteilte Armenrecht nicht für das Verfahren vor dem Vormundschaftsgerichte.

2. R. **11** Nr. 1188 (BayObLG.). Die Verweigerung der Beiordnung eines Anwalts ist mit der weiteren Beschwerde nicht anfechtbar, da die Beiordnung vom Ermessen abhängt.

§ 15. I. Abs. 1. Rechtslehre. *Josef, Ermittelungen und Beweisaufnahmen, R. **10** 297. 1. Über den Unterschied zwischen Ermittelungen und Beweisaufnahmen, ferner über Beweis durch Eideszuschiebung; s. die entgegengesetzten Ansichten von Unger und Josef zu § 12 unter I 2 u. 3.

2. Über die Zeugnispflicht der unehelichen Mutter bei Feststellung der Vaterschaft (JDR. **7** 2 c) s. **a)** Sauerlandt, DJZ. **09** 1491, schon mitgeteilt JDR. **8** 769 zu §§ 383ff. ZPO. **b)** Glaser, DJZ. **10** 250, wie OLG. Dresden in JDR. **7** 2c. Der Streit werde, führt Glaser aus, nach der Novelle zur ZPO. hinsichtlich der Vereidigung gegenstandslos, da nach § 393 Ziff. 4 Neufassung alle Personen nichteidlich zu vernehmen sind, die ein rechtliches Interesse daran haben, daß in dem Rechtsstreite die eine Partei obsiege. Dies treffe bei der Mutter zu, da sie dem Kinde Unterhalt gewähren müsse, wenn der Erzeuger nicht unterhaltspflichtig ist.

3. *Josef, LeipzZ. **09** 832. Ist der Erbe in Konkurs verfallen und beantragt der Konkursverwalter die Erteilung des Erbscheins, so kann das Nachlaßgericht bei diesen Ermittelungen nicht den Gemeinschuldner als Zeugen vernehmen; dieser ist hier Partei.

II. Abs. 2. RheinA. **108** 251, ZBlFG. **11** 467 Nr. 440 (Cöln). Die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen ist nicht auf einzelne Fälle beschränkt.

§ 16. 1. Inhalt und Wirksamkeit der Verfügungen. **a)** R. **09** Nr. 3091 (BayObLG.). Die Änderung der Art der Unterhaltsgewährung durch das Vormundschaftsgericht (§ 1612 Abs. 2) wird erst mit der Bekanntmachung wirksam, hat also keine rückwirkende Kraft. Daher ist im Prozeßwege darüber zu entscheiden, ob das Kind auch für die Vergangenheit eine Rentenzahlung verlangen kann. **b)** OLG. **21** 44, ZBlFG. **11** 259 Nr. 181, R. **10** Nr. 3239 (KG.). Hat das OLG. die Sache an das LG. zurückverwiesen und wird der vom LG. gefaßte neue Beschluß dem Beteiligten gleichzeitig mit dem Beschlusse des OLG. bekannt gemacht, so werden beide Beschlüsse gleichzeitig wirksam. Der Beschluß des LG. kann nicht früher wirksam werden, als der des OLG., da erst durch letzteren die Zulässigkeit des ersteren begründet wird. — Vgl. hiergegen Unger, DNotV. **11** 104. **c)** *Josef, SeuffBl. **10** 701. Die ZPO. beruht auf einer strengen Sonderung zwischen prozeßleitenden Verfügungen (oder Beschlüssen) und dem Urteil, als der Endentscheidung, die durch jene Verfügungen (Beschlüsse) nur vorbereitet wird. Dem FGG. ist diese Unterscheidung unbekannt; jede richterliche Willensäußerung ist hier eine Verfügung, die auch als Beschluß oder Entscheidung bezeichnet werden kann, und es gelten für alle Verfügungen die gleichen Grundsätze, mag die Verfügung nun das Verfahren als Endverfügung abschließen oder diese nur vorbereiten. **d)** **RG.** JW. **10** 113 Nr. 17, PosMSchr. **10** 40. Daher hat eine vom Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1635 im Interesse des Kindes getroffene Anordnung, auch wenn

sie nur einstweilig (vorläufig), also vor der endgültigen Entscheidung getroffen ist, dieselbe Wirkung für das Prozeßgericht wie eine endgültige Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.

2. Bekanntmachung. a) Rohde, ZBlFG. **10** 747. Abs. 2 bezieht sich nur auf schriftlich abgefaßte Verfügungen; nur für deren Bekanntmachung gilt in der Regel Formfreiheit, während nach Abs. 3 mangels schriftlicher Abfassung Eröffnung zu Protokoll zur Wirksamkeit der Verfügung stets erforderlich ist. Die herrschende Meinung verneine zu Unrecht das Erfordernis der Form für sämtliche nichtzustellungsbedürftigen Verfügungen. **b)** *Josef, LeipzZ. **09** 834. Im echten Streitverfahren der FG. ist, wenn ein Beteiligter in Konkurs verfallen, die Entscheidung dem Konkursverwalter bekannt zu machen. **c)** KGJ. **38** 195, ZBlFG. **10** 403, RJA. **10** 226, R. **10** Nr. 2464. Die Bekanntmachung der Zwischenverfügung in Grundbuchsachen (§ 18 GBO.) muß auf Grund des landesgesetzlich anwendbaren § 16 FGG. an den Notar, der den Antrag gestellt hat, erfolgen. **d)** KGJ. **37** 48. Wirksamkeit und Bekanntmachung der Volljährigkeitserklärung; s. zu § 56.

§ 17. *Josef, ZBlFG. **9** 496. In der FG. zerfallen die Fristen in a) ausschließende, d. i. solche, nach deren Ablauf die Handlung nicht mehr vorgenommen werden kann; b) nachgiebige, d. i. solche, nach deren Ablauf der Beteiligte die versäumte Handlung noch vornehmen kann. Beispiele daselbst.

§ 18. 1. Abänderlichkeit. a) *Unger, BuschsZ. **38** 520 ff. Der Unterrichter ist auf die bei ihm eingelegte oder ihm vom Oberrichter mitgeteilte Beschwerde selbst dann verpflichtet, über eine Abänderung der angefochtenen Verfügung sich schlüssig zu machen, wenn die Beschwerde als Anrufung des Oberrichters der vorgeschriebenen Form entbehrt oder aus anderen die erstinstanzliche Abänderbarkeit der Verfügung nicht berührenden Gründen unzulässig erscheint. — *Unger, BuschsZ. **38** 523 ff. Die Devolutivwirkung der Beschwerde tritt, wenn die erstinstanzliche Abänderung der Verfügung gesetzlich ausgeschlossen ist, sofort mit Einlegung der Beschwerde, andernfalls mit dem Zeitpunkt ein, in dem der Oberrichter die Beschwerde als zulässig befunden und mit ihr sachlich sich zu befassen beschlossen hat. [JDR. **3**, **2** 191.] — Dagegen *Josef, ZBlFG. **11** 597. Hat das Gericht eine von ihm abgefaßte Verfügung der Gerichtsschreiberei zur Ausführung gegeben, so ist die Verfügung hiermit als amtliche Gerichtsentschließung kundbar gemacht und es findet gegen sie schon jetzt die Beschwerde statt; denn das Gesetz will offenbar nicht die Anfechtbarkeit einer als Gerichtsentschließung kundbar gemachten Entscheidung, die schon jetzt zu beschweren vermag, abhängig machen von der Art, wie der Beteiligte von der Verfügung Kenntnis erhalten hat. Andererseits kann aber das Gericht diese Verfügung, so lange sie den Beteiligten nicht gemäß § 16 FGG. bekannt gemacht ist, beliebig ändern, ohne daß den Beteiligten hiervon Mitteilung gemacht werden kann; daher ist die Verfügung „erlassen" erst mit der Bekanntmachung an die Beteiligten. Das gilt auch von der Beschwerdeentscheidung; sie tritt an die Stelle der untergerichtlichen Verfügung erst mit der Bekanntmachung an einen der Beteiligten. Bis zu diesem Zeitpunkt kann auch das Untergericht noch die angefochtene Verfügung aufheben; denn der § 18 FGG. setzt für diese Befugnis des Untergerichts eine Schranke zeitlich nicht fest. Hat das Untergericht inzwischen die angefochtene Verfügung geändert und dies den Beteiligten bekannt gemacht, so liegt eine der Beschwerde zugängliche Verfügung garnicht mehr vor und eine demzuwider dennoch ergehende Beschwerdeentscheidung ist nichtig. **b)** Schmidt-Bardeleben, Rechtsgang nach einem Gerichtswechsel in der FG. 56. Geht infolge obergerichtlicher Bestimmung oder Einigung (§§ 5, 46, 75) eine Sache auf ein anderes Gericht über, so ist für diese Sache hiermit eine Gesamtnachfolge des neuen Gerichts in die Rechtsstellung des alten

Gerichts verbunden, so daß dessen Verfügungen nunmehr aus § 18 vom neuen Gericht abgeändert werden. Vgl. zu § 21 unter 5. c) Josef, ZBlFG. **11** 612. Verhältnis von Abänderungsverlangen und Beschwerde; s. § 76.

2. Rechtskraft (JDR. **5** 199). a) * Josef, ZBlFG. **10** 372. Rechtskräftig werden die Entscheidungen nur in dem Sinne, daß das Gericht bei gleichbleibender Sachlage das Zuerkannte nicht ändern, das Aberkannte nicht zuerkennen kann, auf Grund veränderter Sachlage aber eine neue Verfügung erlassen kann, durch die die erste Verfügung ihrer Wirksamkeit beraubt wird, d. h.: ändern sich die Verhältnisse derart, daß ein neues Recht zur Verfügung der Beteiligten oder zur Antragstellung begründet wird, so liegt nicht mehr eadem res vor und das soeben als Beschränkung der Rechtskraft hervorgehobene Merkmal ist keine Beschränkung, sondern nur die Betonung des Erfordernisses, daß die Geltendmachung der Rechtskraft eadem res voraussetzt; eigentlich wird also die frühere Verfügung nicht durch eine neue ihrer Wirksamkeit beraubt, sondern die frühere Verfügung erstreckt ihre Kraft nicht auf das neue Verhältnis und die neue Verfügung regelt dieses neue, aber nicht das alte Verhältnis. b) KGJ. **37** 182. Über die materiellen Wirkungen der Rechtskraft in der FG. lassen sich allgemeine Grundsätze nicht aufstellen; vielmehr kann über diese Frage nur nach dem besonderen Rechtswesen der jeweiligen Verfügung entschieden werden. Anlangend das Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts, so steht die Rechtskraft der in einem früheren Verfahren ergangenen freisprechenden Entscheidung der Einleitung eines neuen Verfahrens gegen dieselben Beteiligten wegen eines im wesentlichen gleichartigen, aber zeitlich später liegenden Tatbestandes nicht entgegen. c) OLG. **20** 23, HansGZ. **09** 125, ZBlFG. **10** 52 Nr. 78 (Hamburg). Wenn nach §§ 65, 66 PStG. und § 70 FGG. die Berichtigung einer Eintragung in das Standesregister deshalb beschlossen ist, weil ein darin erwähnter Name zu Unrecht geführt werde und dieser Beschluß wegen Ablaufs der Beschwerdefrist oder Erschöpfung des Instanzenzugs die Rechtskraft beschritten hat, so kann von einer materiellen Rechtskraft der Entscheidung, daß die Namensführung eine unberechtigte sei, selbst gegenüber denen nicht gesprochen werden, die die Rechtsmittel hiergegen eingelegt haben oder hätten einlegen können. **d) RG.** JW. **09** 736, SeuffBl. **09** 210, R. **10** Nr. 3410. Bestätigung der Entsch. zu c: Unter Rechtskraft i. S. des § 70 FGG. ist nur zu verstehen die formelle Rechtskraft der Berichtigungsanordnung, ihre Unanfechtbarkeit innerhalb des anhängigen Verfahrens; und der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit kann auch erbracht werden durch ein rechtskräftiges Urteil. Ist z. B. im Wege der Berichtigung das Adelsprädikat des Klägers beseitigt und erstreitet dieser ein Urteil, durch das sein Recht auf das Adelsprädikat festgestellt ist, so ist hiermit die Unrichtigkeit der Berichtigung nachgewiesen; die im Berichtigungsverfahren ergangene Entscheidung entbehrt also der materiellen Rechtskraft. e) KGJ. **39** 41. Die gerichtlichen Entscheidungen über die Berichtigung der Standesregister sind der materiellen Rechtskraft auch nicht in dem Sinne fähig, daß in einem neuen Verfahren eine nochmalige Prüfung derselben Tat- oder Rechtsfrage und eine sachlich abweichende Entscheidung, insbesondere die Anordnung der Rückberichtigung eines früher eingetragenen Berichtigungsvermerkes nur auf Grund eines neuen tatsächlichen Materials zulässig wäre. f) MecklZ. **28** 408, ZBlFG. **11** 166 Nr. 66 (Rostock). Entscheidungen in der FG. sind im allgemeinen der materiellen Rechtskraft nicht fähig; vielmehr kann bei unveränderter Sachlage und auf Grund neuen Vorbringens dieselbe Rechtslage noch einmal der Beurteilung des Gerichts unterbreitet werden, ohne daß dies an die frühere Entscheidung gebunden ist. g) OLG. **21** 273 (KG.). Wiederaufnahme des Verfahrens ist der freiw. Gerichtsbarkeit unbekannt. h) du Chesne, JW. **10** 741. Rechtskraft in Grundbuchsachen.

Literatur: Josef, Die Anfechtbarkeit von Verfügungen des LG. in Angelegenheiten der FG., KGBl. **09** 77. — Unger, Die Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **38** 501 ff., **39** 40 ff.

§ 19. I. 1. Beschwerdefähige Verfügung. **a)** *Josef, ABürgR. **33** 310. Hat das Nachlaßgericht einem Beamten die Nachlaßsiegelung aufgetragen und zieht dieser fremde Sachen als zum Nachlasse gehörig zu, so liegt keine Verfügung des Gerichts vor, sondern die eines unselbständigen Organs; der Eigentümer hat also keine Beschwerde, sondern nur die Vorstellung an das Nachlaßgericht. **b)** OLG. **18** 194 (KG.). Für die Anfechtbarkeit der Verfügung ist gleichgültig, daß sie auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde ergangen ist (GrbS.). **c)** KGJ. **38** 118. Hat das Nachlaßgericht die Pflegschaft nicht ausdrücklich aufgehoben, aber in der irrigen Annahme, sie sei kraft Gesetzes (Nachlaßkonkurs) erledigt, die Bestallung vom Pfleger zurückgefordert, so findet gegen die Aufhebung die Beschwerde statt. **d)** KGJ. **37** 218. Gegen gutachtliche Äußerungen des Gerichts ist die Beschwerde unzulässig. **e)** KGJ. **38** 255, DJZ. **10** 289. Die Entschließung des Gerichts, einen angekündigten, aber noch nicht gestellten Antrag abzulehnen, kann eine beschwerdefähige Entscheidung darstellen (beides GrbS.; dazu du Chesne ZBlFG. **10** 754 und JDR. **5** 999). **f)** OLG. **21** 299, R. **11** Nr. 208 (KG.). Kein Beschwerderecht des Erben gegen die Mitteilung des Nachlaßgerichts, daß die von ihm erklärte Erbschaftsausschlagung verspätet sei. **g)** KGJ. **37** 190, RJA. **9** 250, ZBlFG. **9** 559. Beschwerden, die zweck- und gegenstandslos sind, sind unzulässig (JDR. **3**, **2**, 193). **h)** ElsLothJZ. **09** 90, ElsLothNotZ. **09** 44, RheinZ. **1** 548, R. **09** Nr. 291 (Colmar). Beschwerde ist auch wegen der bloßen Kosten (selbst wenn die Entscheidung nicht ausdrücklich getroffen, aber eine gesetzliche Folge der Verfügung ist) zulässig, also nicht gegenstandslos, solange die Befreiung des Beschwerdeführers von den Kosten der im übrigen gegenstandslosen Verfügung in Frage steht. **i)** *Josef, HoldheimsMSchr. **19** 84. Überall, wo gegen eine Verfügung des Gerichts erster Instanz die Beschwerde ausgeschlossen ist, ist sie auch unzulässig gegen die Verfügung des Beschwerdegerichts, durch die das Amtsgericht zu jener Verfügung angewiesen wird; so z. B. im Falle der 76 Abs. 1, 132 Abs. 2, 164 Abs. 2. **k)** *Josef, SeuffBl. **10** 701 (vgl. zu § 16 unter 1 **c**). Auch gegen Zwischenverfügungen findet Beschwerde statt; denn dem FGG. ist der strenge Unterschied zwischen sachabschließenden und bloßen Verfahren leitenden Entscheidungen unbekannt (JDR. **5** 1000; vgl. II). **l)** *Unger, BuschsZ. **39** 60 f., **62** 63 f. Die Zurückweisung der gegen eine Verfahrensverfügung erhobenen Beschwerde als einer unbegründeten steht der nochmaligen Geltendmachung des gerügten Verfahrensverstoßes mittels Beschwerde gegen die Endverfügung nicht entgegen. — Ist eine den Gang des Verfahrens regelnde Vorschrift nicht beachtet, die verhindern will, daß eine sachabschließende Verfügung in einem noch nicht zur sorgfältigen Stoffsammlung gediehenen Verfahren vorzeitig erlassen werde, so unterliegt eine trotzdem erlassene sachabschließende Verfügung schon dieserhalb ohne Rücksicht auf ihren Inhalt auf erhobene Beschwerde der Aufhebung. — Ist eine vorgeschriebene einzelne Verfahrenshandlung unterlassen worden, bezüglich deren aus dem Ausdrucke des Gesetzes oder aus ihrer inneren Bedeutung zu schließen ist, daß das Gesetz eine sachabschließende Verfügung vor Abwartung des Erfolges der Handlung nicht habe zulassen wollen, wie z. B. die Anhörung gewisser Personen, eine öffentliche Aufforderung, eine Strafandrohung, so rechtfertigt dies die Beschwerde gegen die trotzdem erlassene sachabschließende Verfügung schon dann, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, daß nach Vornahme der betreffenden Handlung eine Verfügung anderen, dem Beschwerdeführer günstigeren Inhalts hätte ergehen können.

2. Vormundschaftssachen. **a)** OLG. **18** 304 (KG.). Hat der den Kindern bestellte Pfleger die Unterhaltsklage gegen den Vater einmal erhoben, so ist die Frage, ob die Klage anzustellen, d. h. die Pflegschaft überhaupt anzuordnen war, endgültig abgeschlossen, kann also nicht mehr im Wege der Beschwerde entschieden

werden. b) KGJ. **37** 48 (52). Ist die Volljährigkeit in jedem Falle eingetreten, so ist die weitere Beschwerde, die die Fortdauer der elterlichen Gewalt über das Kind zum Gegenstande hat, als gegenstandslos zurückzuweisen.

3. Registergericht. a) LeipzZ. **09** 565 (BayObLG.). Die Löschung einer beanstandeten Eintragung kann im Wege der Beschwerde verlangt werden, aber nur, wenn die Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war (JDR. **7 I e**). b) ZBlFG. **9** 673 (BayObLG.). Gegen die Ablehnung der Eintragung der Satzungsänderung findet nur gemäß § 71 Abs. 2 BGB. die sofortige Beschwerde nach der ZPO., gegen die Zurückweisung der Anmeldung der Vorstandsmitglieder mangels einer Sondervorschrift die Beschwerde des FGG. statt (JDR. **4** 16, **1** 1, 45). c) KGJ. **39** 144. Beschwerde (sofortige) nach den Vorschriften der ZPO. und Zuständigkeit des KG., wenn die Zurückweisung erfolgt ist, weil das Gericht die Bestimmungen der Satzung über die Bildung des Vorstandes für gesetzwidrig erklärt hat (JDR. **3** 1, 19, 20).

3. Umfang der Entscheidungspflicht. a) Befugnis zur Zurückverweisung, s. zu § 23 unter 3. b) Begrenzung. *Josef, GruchotsBeitr. **55** 69 ff. Aus § 19 FGG. folgt, daß die Beschwerde nur in dem Umfange zulässig ist und dem Landgerichte die Entscheidung nur in demselben Umfange zusteht, in dem die Verfügung des Amtsgerichts ergangen ist. Das Beschwerdegericht kann also die Entscheidung nur so weit treffen, als das Amtsgericht sich bereits mit der streitigen Frage befaßt hat und seine Entscheidung nicht auf Fragen ausdehnen, über die eine Verfügung des Amtsgerichts noch nicht vorliegt. Denn Fragen dieser letzteren Art konnte der Beschwerdeführer gar nicht zum Gegenstande der Beschwerde machen. — Durch §§ 19 ff. ist dem Landgerichte nur die Entscheidung über die Beschwerde übertragen, nicht aber die Ausführung der Entscheidung; diese Ausführung liegt vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften dem Amtsgericht ob. Das Beschwerdegericht kann also zwar anordnen, daß das Ordnungsstrafverfahren einzuleiten, Maßregeln bestimmter Art gegen den Vater zu treffen, der Erbschein einzuziehen oder eine Eintragung zu bewirken ist; es kann aber nicht das zur Ausführung dieser Entscheidungen erforderliche Verfahren an sich ziehen. Soweit aber eine Verfügung keiner Ausführung bedarf, vielmehr mit dem bloßen Ausspruche die beabsichtigte Rechtsänderung von selbst eintritt, kann auch das Beschwerdegericht eine Entscheidung dieses Inhalts erlassen, also z. B. dahin: ein Erbschein bestimmten Inhalts wird erteilt, eine Rechtshandlung des Vormundes wird genehmigt. Macht das Beschwerdegericht von seiner Befugnis Gebrauch, die Sache zwecks anderweiter Entscheidung an das Amtsgericht zurückzuverweisen (s. zu § 23 unter 3) oder liegt diesem die weitere Entscheidung oder die Ausführung der Beschwerdeentscheidung ob, so ersieht das Amtsgericht die ihm obliegenden weiteren Maßnahmen aus der Begründung der Beschwerdeentscheidung. Es bedarf daher nicht einer formellen Anweisung des Beschwerdegerichts an das Amtsgericht.

II. Beschwerde gegen Verfügungen des Landgerichts. *Josef, KGBl. **09** 77 (vgl. JDR. **7** 1038). Während nach § 19 gegen Verfügungen des Amtsgerichts die Beschwerde ganz allgemein stattfindet, also ohne Unterschied, ob die Verfügung eine das Verfahren abschließende Endverfügung oder nur eine das Verfahren leitende Zwischenverfügung ist, ergibt sich aus den §§ 64, 143 Abs. 2 und aus § 27 die Absicht des Gesetzes, daß von den Verfügungen des Landgerichts nicht die das Verfahren leitenden Zwischenverfügungen (z. B. Beweisanordnungen), sondern nur die das Verfahren abschließenden Endentscheidungen anfechtbar sind. — Wenn vor dem Landgerichte (sei es als Gericht I. Instanz, §§ 64, 143, sei es als Beschwerdeinstanz) die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht wird oder ein Streit über die Rechtmäßigkeit einer vor dem Landgerichte vorgekommenen Zeugnisverweigerung oder Ablehnung eines Sachverständigen entsteht, so findet gegen die so ergehende

Entscheidung des Landgerichts die Beschwerde nicht auf Grund der allgemeinen Vorschrift des § 19 FGG., sondern auf Grund der in den §§ 14, 15 FGG. angezogenen §§ 127, 387 Abs. 3, 406 Abs. 5 ZPO. statt. Zur Entscheidung über diese Beschwerde zuständig ist das örtlich vorgesetzte OLG., nicht das Kammergericht; denn die Ausnahme- und Zuständigkeitsvorschrift des § 199 Abs. 2 beschränkt die Zuständigkeit des Kammergerichts auf bestimmte Fälle, und das Gesetz konnte von der Einbeziehung der soeben besprochenen Entscheidungen unter § 199 Abs. 2 um so mehr absehen, als die einheitliche Rechtsprechung über die Vorschriften der ZPO. ohnehin gesichert ist.

III. Familienrat. Gimmerthal, ACivPr. **106** 303. Den Familienratsmitgliedern steht gegen die Verhängung von Ordnungsstrafen (§ 1875) die Beschwerde nicht zu. Denn das Landgericht ist zwar dem Familienrate, nicht aber dem Vorsitzenden im Instanzenzug vorgeordnet; es fehlt mithin an einer übergeordneten Instanz.

Literatur: Josef, Aussetzung des Verfahrens, insbesondere beim Antrag auf Erbschein, Beschwerde gegen die Aussetzungsverfügung, BuschsZ. **39** 332. — Derselbe, Die Beschwerde wegen verweigerter Eröffnung oder Wiedereröffnung des Testaments, BuschsZ. **39** 341. — Derselbe, Das Beschwerderecht der Mitglieder von Gesellschaften, Holdh. MSchr. **19** 127. — Derselbe, Die §§ 18 Abs. 2 und 30 Abs. 1 HGB. als Stütze der Beschwerde gegen die Eintragung einer neuen Firma, eb. 129. — Derselbe, Recht des Erbschaftssteueramts auf Eröffnung letztwilliger Verfügungen, R. **09** 771.

§ 20. Rechtslehre. I. Beschwerdebefugnis im allgemeinen. a) KGJ. **38** 12. Die Bestellung eines Pflegers zu dem Zwecke, damit er gegen eine die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts abändernde Verfügung die weitere Beschwerde einlege, ist zwar unzulässig; der so bestellte Pfleger ist aber zur weiteren Beschwerde zuzulassen, wenn der durch ihn beschränkte Gewalthaber die Pflegschaftsanordnung nicht angefochten hat. b) KGJ. **37** 132. Gegen den Beschluß, durch den der Antrag des Testamentsvollstreckers auf den Erbschein zurückgewiesen ist, steht nur dem ersteren, nicht aber dem Erben die Beschwerde zu. c) OLG. **18** 359, HansGZ. **09** 184, ZBlFG. **10** 262 Nr. 239 (Hamburg). Das Erbschaftssteueramt hat kein Recht darauf, daß das gemeinschaftliche Testament von Ehegatten vollständig eröffnet werde, auch wenn die Witwe dem widerspricht. Es muß sich damit begnügen, daß das Nachlaßgericht prüft, ob ein rechtliches Interesse an der Eröffnung vorliegt; wird dies verneint, so ist der Antrag auf Eröffnung zurückzuweisen. d) Hiergegen * Josef, R. **09** 771. Dem Erbschaftssteueramte steht gegen die die erste Eröffnung oder die Wiedereröffnung zurückweisende Verfügung die Beschwerde zu; denn ihm sind die eröffneten Testamente zur Prüfung der Steuerpflichtigkeit bekannt zu machen. Folglich hat es ein Recht darauf, daß das Nachlaßgericht den gesetzlichen Vorschriften betreffs der Testamentseröffnung gehörig nachkommt. Andernfalls wäre, wenn die Eröffnung unterbleibt, das dem Erbschaftssteueramte vom Gesetz eingeräumte Recht auf Abschriften des eröffneten Testaments völlig wertlos. e) * Josef, BuschsZ. **39** 341 (unter Berücks. von KGJ. **35** 104, JDR. **7** 992). Antrags- und Beschwerderecht des Erbschaftssteueramts sowie Dritter vor und nach der Eröffnung (Wiedereröffnung) des Testaments; s. JDR. **8** 554 (zu § 2264) und 557 (zu § 2273). f) Unger, DNotV. **10** 324. Der Beschwerdeführer kann sein Beschwerderecht nicht auf einen Rechtszustand stützen, den er erst durch die Beschwerde herbeizuführen bezweckt (den Fall s. in JDR. **3** 2, 195 unter **b**). g) * Josef, BuschsZ. **39** 332. Jeder bei einem Verfahren der FG. Beteiligte hat ein Recht auf eine der Sach- und Rechtslage entsprechende Behandlung und baldmögliche Entscheidung der Angelegenheit. Dieses Recht ist ein Recht im Sinne des § 20 FGG., und die Behauptung, daß dieses Recht beeinträchtigt sei, daß z. B. das Gericht die sachliche Entscheidung ausgesetzt habe, obwohl diese Aussetzung durch die Sach- und

Rechtslage nicht gerechtfertigt war, legitimiert den Beteiligten zur Beschwerde gegen die Aussetzungsverfügung. Vgl. aber wegen weiterer Beschwerde zu § 27 unter 6. **h)** * Josef, BuschsZ. **39** 342. Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist (§ 20 FGG.), d. h. zur Beschwerde ist jeder legitimiert, dessen Recht beeinträchtigt sein würde, wenn die angefochtene Verfügung zu Unrecht ergangen wäre; der Beschwerdeführer muß also zunächst ein solches Recht behaupten, und es ist folglich zunächst die Legitimation des Beschwerdeführers zu prüfen; erst wenn das Gericht diese bejaht, ist weiter zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung sachlich gerechtfertigt ist. **i)** OLG. **18** 298 Nr. 12 **d δ** (KG.). Auch gegen bloße Androhung von Ordnungsstrafe (oder Entlassung) hat der Vormund die Beschwerde. **k)** * Unger, BuschsZ. **39** 43, 96. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Beschwerde sind vom Beschwerdeführer nachzuweisen, nicht vom Gerichte zu ermitteln. Vgl. zu § 12 unter I 4. **l)** OLG. **18** 304 **h** (KG.). Die Beschwerde ist, selbst wenn Verfahrensverstöße vorgekommen sind, dennoch zurückzuweisen, wenn die angefochtene Verfügung gesetzlich geboten ist (Beschwerde des Vaters gegen die Bestellung eines Pflegers zur Unterhaltsklage gegen den Vater). **m)** Unger, BuschsZ. **39** 61, 62. Beschwerde gegen Verfügungen des unzuständigen Gerichts oder des ausgeschlossenen Richters, s. zu § 7 II 3. **n)** * Josef, LeipzZ. **09** 831. Ist die Beschwerde eingelegt vom Gemeinschuldner in einer Angelegenheit, die der Verfügung des Konkursverwalters unterliegt, so ist sie, als von einem Nichtlegitimierten erhoben, zurückzuweisen. **o)** Josef, ZBlFG. **11** 608. Der § 20 Abs. 1 stellt für die Beschwerdebefugnis als eine allgemeine Voraussetzung die Rechtsbeeinträchtigung auf, ohne zu unterscheiden, ob die angefochtene Verfügung auf Antrag des Beschwerdeführers ergangen ist oder ohne solchen, und der Abs. 2 besagt als eine Einschränkung des Abs. 1 nur, daß lediglich der Antragsteller, dessen Recht beeinträchtigt ist, beschwerdeberechtigt ist. Dem zurückgewiesenen Antragsteller als solchen steht folglich die Beschwerde nicht zu (gegen Unger, JDR. **7** 994 oben).

II. Vormundschaftssachen. **a)** ZBlFG. **9** 728 Nr. 627, R. **09** Nr. 995 (BayObLG.). Zur Wahrung der Rechte des dem Mündel für den Fall seines Todes vor dem 28. Lebensjahr eingesetzten Ersatzerben ist das Vormundschaftsgericht nicht berufen. Nach Volljährigkeit und Wegfall des Testamentsvollstreckers ist daher das hinterlegte Erbvermögen dem Mündel auszuhändigen. Dem Ersatzerben steht sonach weder aus § 20 noch aus 57 ein Beschwerderecht zu. **b)** KGJ. **38** 118, DJZ. **10** 373. Dem Verwalter des Nachlaßkonkurses steht die Beschwerde zu gegen die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft. **c)** OLG. **18** 3081 (Hamburg). Dem Kinde steht die Beschwerde zu gegen die Pflegerbestellung, die unter Verletzung des § 1779 erfolgt ist. **d)** ZBlFG. **10** 737 (BayObLG.). Dem Stiefvater steht die Sorge für die Person nicht zu, folglich auch keine Beschwerde gegen die Anordnung der Zwangserziehung des Kindes. **e)** ZBlFG. **10** 163 Nr. 159, R. **09** Nr. 1924 (BayObLG.). Der lediglich als Pfleger für die Unterhaltsklage Bestellte hat keine Beschwerde gegen die Regelung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde. **f)** KGJ. **38** 23, ZBlFG. **11** 169 Nr. 81. Dem nur für die Vermögensangelegenheiten bestellten Beistande steht die Beschwerde zu gegen die nach § 1670 der Mutter gegenüber erfolgte Entziehung der Vermögensverwaltung, wenn nach dem Entziehungsbeschluß auch der Beistand seine Pflichten verletzt haben soll. **g)** KGJ. **38** 44, RJA. **10** 167, ZBlFG. **11** 84. Dem Gegenvormunde steht gegen eine Verfügung, durch die seine Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft ersetzt worden ist, die Beschwerde nicht zu, wenn er vor der Ersatzverfügung vom Gerichte gehört ist. **h)** WürttZ. **09** 363, ZBlFG. **10** 536 Nr. 470 (Stuttgart). Ein Dritter, der auf die Erklärung des Vormundes ein Recht zu haben glaubt, hat keine Beschwerde gegen die Genehmigungsverweigerung, so z. B. wenn der Vorerbe mit Zustimmung

des Pflegers der Nacherben das Nachlaßgrundstück belasten will. **i)** ElsLothNotZ. **09** 77, ZBlFG. **9** 626 Nr. 514 (Colmar). Dem Dritten steht die Beschwerde nicht zu gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den die Genehmigung des Zuschlags versagt wird bei Versteigerung eines Nachlaßgrundstücks, das Minderjährigen und einem Dritten als Miterben zugefallen ist. **k)** KGJ. **38** 56 (unter Aufgabe der früheren Ansicht, KGJ. **24** 11). Dem Nießbraucher des Mündelvermögens steht nicht die Beschwerde zu gegen die Verfügung, durch die das Gericht die Auseinandersetzung der Mündel (Kinder) genehmigt. **l)** BayObLG. **10** 20, R. **09** Nr. 892. Gegen die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte, das der Vater zufolge seiner Sorge für das Kindesvermögen vornehmen will, steht ihm auch persönlich wegen Verletzung seines Verwaltungsrechts die Beschwerde zu. **m)** ZBlFG. **11** 162, BayRpflZ. **10** 316, R. **10** Nr. 2277 (BayObLG.). Dem Vater eines unter vorläufige Vormundschaft gestellten Volljährigen steht deshalb, weil die Frau des Mündels zum Vormunde bestellt wurde, ein Beschwerderecht nicht zu. Sein Erbrecht wird hierdurch nicht beeinträchtigt. **n)** Rohde, ZBlFG. **11** 56. Hält der Vormund der entmündigten Frau sie ohne Grund vom ehelichen Haushalte fern, so ist der Ehemann beschwerdeberechtigt, wenn das Gericht ein Einschreiten gegen den Vormund ablehnt. **o)** OLG. **21** 285, R. **10** Nr. 4163 (KG.). Dem im Scheidungsprozeß allein für schuldig erklärten Vater steht gegen die Einleitung einer Pflegschaft über das Kind zwecks Geltendmachung der Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den Vater die Beschwerde zu. **p)** KGBl. **10** 39, BreslauAK. **10** 32 (KG.). Ist die Anordnung der Pflegschaft unzulässig, so liegt die Beeinträchtigung schon in der Ladung des Pflegers zur Verpflichtung, nicht erst in dessen Bestellung. **q)** BayObLG. **10** 359, R. **09** Nr. 2834 (vgl. zu § 57 Ziff. 9 unter **c**). Der bei einer nach §§ 1666 Abs. 1, 1612 Abs. 2 getroffenen Anordnung vom VormG. bestellte Pfleger kann nicht im eigenen Namen gegen die vom Beschwerdegerichte verfügte Aufhebung der Anordnung die weitere Beschwerde einlegen. **r)** Kein Beschwerderecht des Stiefvaters eines Minderjährigen gegen eine Entscheidung aus § 1629 BGB., JDR. **7** Ziff. II**k** BayRpflZ. **09** 151 (BayObLG.). **s)** Kein Beschwerderecht des Unterhaltspflichtigen gegen Aussetzung der Entscheidung bis zur Erledigung eines über die Unterhaltspflicht anhängigen Rechtsstreits, s. JDR. **7** Ziff. I B 2**c**, BayObLG. **9** 187. **t)** Kein Beschwerderecht des Prozeßgegners eines Abwesenden gegen die Bestellung eines Abwesenheitspflegers: JDR. **7** Ziff. II b, BayObLG. **9** 364.

III. Personenstandsregister. 1. BayObLG. **10** 444, ZBlFG. **10** 416 Nr. 379a, R. **09** Nr. 3616. Dem Beschwerdeführer steht die Beschwerde zu, soweit er unmittelbar betroffen, d. h. die Berichtigung seines eigenen Namens angeordnet ist, nicht aber gegen die des Namens seiner Seitenverwandten.

2. HessRpr. **11** 115, ZBlFG. **11** 373 Nr. 289 (Darmstadt). Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten, wie JDR. **3** 2, 196; **4** 856.

3. KGJ. **39** 33, R. **11** 107. Gegen die gerichtliche Entscheidung, durch die der Standesbeamte auf Antrag der Beteiligten angewiesen wird, eine von ihm abgelehnte Amtshandlung vorzunehmen, steht der Aufsichtsbehörde kein Beschwerderecht zu. „Amtshandlung" i. S. des § 11 Abs. 3 PStG. ist nur eine solche Verrichtung des Stb., deren Vornahme ihm durch das PStG. oder die dazu ergangenen Ausführungsverordnungen übertragen ist und auf deren Vornahme die Beteiligten ein Recht haben. Ist die vom Gericht dem Stb. aufgetragene Verrichtung keine Amtshandlung in diesem Sinne, greift sie vielmehr in die allgemeinen Aufsichtsbefugnisse der Verwaltungsbehörde ein, so ist diese zur Beschwerde berechtigt.

IV. Nachlaßsachen. **a)** BayObLG. **09** 208, ZBlFG. **10** 415 Nr. 377, DJZ. **10** 655, R. **10** Nr. 2276. Dem Nichterben steht die Beschwerde zu gegen den Erbschein, in dem er unrichtig als Erbe bezeichnet ist. **b)** ElsLothZ. **09** 645, ZBlFG.

10 534 Nr. 457 (Colmar). Dem Notar steht nicht in eigenem Namen die Beschwerde zu gegen die Ernennung eines anderen Notars zur Vermittelung der Auseinandersetzung. **c)** KGJ. **38** 150, SeuffBl. **09** 743 (keine Beschwerde des Notars wegen Ablehnung der Übersendung und Eröffnung eines Testaments) schon JDR. **7** 996 IV b. **d)** KGJ. **37** 127 (Beschwerderecht des Nachlaßgerichts wegen verweigerter Zusendung der Urschrift des Testaments) schon JDR. **7** 996 IV **c**. Dagegen *Josef, ZBlFG. **11** 615. Die Beziehung des Beschwerdeführers zu der ihn beeinträchtigenden Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann sich auch auf das öffentliche Recht gründen, jedoch nur soweit sich aus diesem eine besondere Beziehung des Beschwerdeführers zu der angefochtenen Verfügung ergibt. Dagegen findet die Parteibeschwerde aus § 20 nicht schon deshalb statt, weil einer Behörde die Erledigung einer allgemeinen Amtstätigkeit durch eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit erschwert oder unmöglich wird. Insbesondere beeinträchtigt das Amtsgericht als Urkundsamt, wenn es die Mitteilung der Urschrift einer Verhandlung an das Nachlaßgericht verweigert, nicht ein Recht des Nachlaßgerichts i. S. des § 20; jene Weigerung ist vielmehr nur eine Verletzung der allgemeinen Dienstpflicht aller Behörden, die Erledigung ihrer Amtsgeschäfte sich wechselseitig zu erleichtern, und es steht also dem Nachlaßgericht gegen die Weigerung lediglich die dienstliche Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zu. **e)** OLG. **21** 47 **d α**, R. **10** Nr. 3246 (Colmar) (Beschwerde des Erben gegen die auf seinen Antrag angeordnete Auseinandersetzung) s. zu § 27 unter 8. **f)** Unger, DNotV. **10** 286. Rspr. über die Zulässigkeit der Beschwerde gegen einen erteilten Erbschein. **g)** OLG. **21** 297 (Hamburg). Beschwerderecht des Erben und des Nachlaßpflegers gegen die Festsetzung der Vergütung für den Pfleger. **h)** OLG. **21** 306 (KG.). Die Bestellung des Nachlaßpflegers beeinträchtigt nur das Recht der Erben, nicht das Recht Dritter. **i)** OLG. **21** 351, 352 (KG.). Gegen den die Einziehung des unrichtigen Erbscheins ablehnenden Beschluß steht die Beschwerde zu dem Nacherben, nicht aber dem vom unrichtigen Erben verklagten Nachlaßschuldner. **k)** KGJ. **39** 89. Die Beschwerde gegen den Erbrechts-Feststellungsbeschluß aus § 1964 kann von dem angeblich Erbberechtigten wie vom Fiskus auf Verletzung der Verfahrensvorschriften gestützt werden, auf die sachliche Unrichtigkeit der Feststellung aber dann nicht, wenn das beanspruchte Erbrecht erst nach dem Erlasse des Feststellungsbeschlusses beim Nachlaßgericht angemeldet ist.

V. Handelsregister. **a)** KGJ. **37** 152, RJA. **9** 254, ZBlFG. **9** 562, R. **09** Nr. 1398. In der Regel hat der Aktionär in Registerangelegenheiten der Gesellschaft kein selbständiges Beschwerderecht; er hat dies nur, wenn es sich um die Löschung eines Versammlungsbeschlusses handelt, gegen die der Aktionär in der Versammlung Widerspruch zu Protokoll erklärt und demnächst Anfechtungsklage erhoben hat. **b)** Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 127. Betrifft eine Verfügung (z. B. eine Eintragung) die Angelegenheiten lediglich der Gesellschaft, so steht die Beschwerde nur dem Vertreter der Gesellschaft zu, nicht aber den einzelnen Mitgliedern, mögen ihre Interessen auch durch die Verfügung mittelbar berührt werden, so, z. B. wenn der Antrag auf Eintragung der Änderung des Gesellschaftsvertrags zurückgewiesen ist oder wenn das Gericht den von der aufgelösten Aktiengesellschaft bestellten Liquidator (§ 295 Abs. 3 HGB.) abberufen hat. Auch die Tatsache, daß ein Aktionär gegen den der Eintragung zugrunde liegenden Beschluß in der Generalversammlung Widerspruch erhoben hat, verleiht für sich allein ihm kein Beschwerderecht. — Betrifft die Verfügung dagegen zugleich die Sonderrechte der Gesellschafter, so steht dem Gesellschafter die Beschwerde zu, z. B. wenn der eingetragene Beschluß das Stimmrecht und das Gewinnbeteiligungsrecht der Gesellschafter schmälert oder ihnen unter Verletzung des Gesellschaftsvertrags neue Verpflichtungeu auferlegt. Dieses aus § 20 FGG. folgende Beschwerderecht gegen die Eintragung hat nicht zur

Voraussetzung, daß der Beschwerdeführer gegen den Beschluß in der Versammlung nach § 271 HGB. Widerspruch erhoben hat; dieser Widerspruch ist vielmehr nur Voraussetzung für das Recht des Aktionärs, den Beschluß durch Klage anzufechten. Für das Beschwerderecht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat er keine Bedeutung. **c)** BayObLG. **10** 463, RJA. **10** 202, ZBlFG. **11** 109, R. **09** Nr. 3615. Dem Gesellschafter einer GmbH., der eine weitere Stammeinlage auf das erhöhte Stammkapital übernommen hat, steht die Beschwerde nicht zu gegen den Beschluß, durch den die Eintragung der Erhöhung abgelehnt wird. **d)** KGJ. **37** 199, RJA. **10** 20, ZBlFG. **10** 79. Beantragt der Inhaber einer eingetragenen Firma die Löschung einer später eingetragenen Firma, weil diese sich von der seinigen nicht deutlich (§ 30 Abs. 1 HGB.) unterscheide, so steht ihm gegen den ablehnenden Bescheid des Registergerichts die Beschwerde zu. Dagegen steht sie ihm nicht zu, wenn er erfolglos die Löschung der anderen Firma deshalb beantragt hatte, weil sie zur Herbeiführung von Täuschungen (§ 18 Abs. 2 eb.) geeignet sei. **e)** * Josef, HoldheimsMSchr. **10** 129 (gegen Bay. ObLG. **8** 567, JDR. **7** 997 VI **c**). Hat das Gericht die Vorschriften über die Firmenbildung verletzt, so steht hiergegen die Beschwerde dem zu, dessen Recht beeinträchtigt ist, z. B. dem Firmeninhaber, wenn von der für ihn eingetragenen Firma eine neu eingetragene sich nicht deutlich unterscheidet (§ 30 Abs. 1 HGB.), oder dem ausgeschiedenen Gesellschafter, wenn die eingetragene Firma zuwider dem § 24 Abs. 2 eb. seinen Namen enthält und das Gericht die Löschung der Firma ablehnt. Im übrigen verleiht die Verletzung der gesetzlichen Vorschriften über die Firmenbildung niemandem ein Beschwerderecht, insbesondere kann ein Konkurrent die Löschung einer anderen Firma nicht deshalb verlangen, weil sie geeignet ist, eine Täuschung der in § 18 Abs. 2 eb. bezeichneten Art herbeizuführen. **f)** * Josef, BuschsZ. **40** 300 (vgl. auch JDR. **7** 1021). Der durch eine ungerechtfertigte Eintragung im Handelsregister Verletzte kann sein Recht auf Beseitigung der Eintragung sowohl durch Beschwerde, wie auch durch Klage verfolgen. Die Entscheidung des Registergerichts über die Zulässigkeit der Eintragung ist für das Prozeßgericht nicht bindend, wie umgekehrt auch eine Entscheidung des Prozeßgerichts gleichen Inhalts das Registergericht nicht bindet. **g)** *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 210. Hat das Gericht auf Grund des § 141 eine Firma gelöscht, obwohl sie noch nicht erloschen ist, so wird hierdurch den Gläubigern die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Schuldner erschwert; aber der Gläubiger hat nicht ein Recht darauf, daß die Firma eingetragen bleibe, folglich auch weder im Löschungsverfahren noch gegen die erfolgte Löschung ein Widerspruchs- oder Beschwerderecht (gegen Marcus eb. **09** 295). **h)** SeuffBl. **09** 469 (Bay. ObLG.). Die Eintragung der Firma für jemanden, der nicht Kaufmann ist (z. B. das Geschäft verpachtet hat), ist unzulässig, beeinträchtigt aber niemandes Recht, verleiht also niemandem die Beschwerde gegen die Eintragung, sondern nur die Gelegenheit, die Löschung der Firma nach § 142 anzuregen. **i)** Verhältnis der Beschwerde zum amtswegigen Löschungsverfahren, s. zu §§ 142—144.

VI. Genossenschaftsregister. BayRpflZ. **10** 260, LeipzZ. **4** 787, R. **10** Nr. 2052 (BayObLG.). Kein Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde, wenn ohne deren Genehmigung eine Gemeinde einer Genoss. muH. beigetreten ist; die Aufsichtsbehörde kann hier die Löschung nur anregen.

VII. Vereinsregister. ZBlFG. **9** 673 (BayObLG.). Dem Vereine steht gegen eine Zurückweisung einer Anmeldung die Beschwerde zu.

VIII. Urkundsamt. 1. * Josef, ZBlFG. **9** 488. Beurkundet das Amtsgericht in Vormundschafts- und Nachlaßsachen Erklärungen und reichte es sie unmitellbar dem GrBA. zwecks Eintragung ein, so ist das Amtsgericht nur der Übermittler des von den Beteiligten gestellten Antrags; nur den letzteren, nicht aber dem Amtsgerichte steht also die Beschwerde gegen die die Eintragung ablehnende Verfügung zu.

2. * Josef, ZBlFG. **11** 606. Die Entschließung, durch die der Richter die

beantragte Beurkundung bewirkt, kann als eine Verfügung i. S. des § 19 angesehen werden; aber eine Beschwerde gegen die erfolgte Beurkundung steht niemandem zu, weil durch die erfolgte Beurkundung das Recht eines Dritten, der an ihrem Unterbleiben ein Interesse hat, nicht beeinträchtigt wird, die Beschwerde auch praktischen Erfolg nicht haben kann, weil die einmal erfolgte Beurkundung nicht rückgängig gemacht werden kann.

IX. Notare; s. IV b, c; ferner RheinA. **108** 266, ZBlFG. **11** 456 Nr. 367 (Düsseldorf), Gegen den Beschluß des Landgerichts, durch den der Notar gemäß Art. 51 PrFGG. angewiesen wird, die Vollstreckungsklausel in bestimmter Weise zu erteilen, steht weder dem Schuldner noch dem Notar ein Beschwerderecht zu.

X. Akteneinsicht s. zu § 34.

Literatur: Josef, Die Einwirkung des § 128 FGG. auf die Vorschrift des § 21 Abs. 2, HoldheimsMSchr. **10** 208. — Derselbe, Bedingte Einlegung der Beschwerde, namentlich in Registersachen, HoldheimsMSchr. **20** 12. — Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. — Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der FG. (Fortsetzung), BuschsZ. **38** 501 ff., **39** 40 ff.

§ 21. 1. Über Einlegung der Beschwerde i. F. des § 195 s. zu § 195.

2. Über das Verhältnis des § 21 Abs. 2 zu § 128 s. zu § 128.

3. *Unger, BuschsZ. **38** 502. Die mündliche Einlegung der Beschwerde in der gerichtlichen Verhandlung, in der die Verfügung bekannt gemacht wird, ist unzulässig. — Dagegen *Josef, ZBlFG. **11** 610. Läßt der Amtsrichter es zu, daß der von ihm zum Termin als Hilfsperson zugezogene Gerichtsschreiber eine Beschwerdeerklärung entgegennimmt und sie in das Sitzungsprotokoll aufnimmt, so übt der Gerichtsschreiber diejenige selbständige Tätigkeit aus, die ihm nach § 21 Abs. 2 obliegt. Daher ist eine solche Beschwerde-Erklärung rechtswirksam und das vom Gerichtsschreiber mitunterzeichnete Sitzungsprotokoll ist zugleich das Gerichtsschreiber-Protokoll über die Einlegung der Beschwerde. *Unger, BuschsZ. **38** 503 f. Der Gerichtsschreiber eines anderen Amtsgerichts, als des für die Sache zuständigen, ist zur Aufnahme der Beschwerde nicht verpflichtet. — *Unger, BuschsZ. **38** 507. Für die Form einer Beschwerdeschrift gelten die Vorschriften des BGB. über die Form von schriftlichen Willenserklärungen nicht. — *Unger, BuschsZ. **38** 508 f. Unterzeichnung der Beschwerdeschrift ist nicht erforderlich, wenn das Schriftstück andere Kennzeichen einer abgeschlossenen, von einer bestimmten Person an die Behörde gerichteten Willensäußerung an sich trägt. — *Unger, BuschsZ. **38** 510 f. Zu Protokoll des Richters kann Beschwerde nicht eingelegt werden. — *Unger, BuschsZ. **38** 512. Eine vom Beschwerdeführer dem Protokollanten überreichte, von diesem mit den Eingangs- und Schlußformeln eines Protokolls versehene Schrift kann nicht als protokollarische Einlegung der Beschwerde angesehen werden. — *Unger, BuschsZ. **38** 514 ff. Wesentliche inhaltliche Erfordernisse der Beschwerdeeinlegung sind: Bezeichnung der angefochtenen Verfügung, Bezeichnung des Beschwerdeführers, Kundgabe des Verlangens der Abänderung durch den Oberrichter; nicht wesentlich die Bezeichnung des Rechtsmittels als Beschwerde, die Bezeichnung des Beschwerdegerichts, ein bestimmter Antrag, die Begründung des Rechtsmittels. — *Unger, BuschsZ. **38** 544 f. Die Zurücknahme der Beschwerde bedarf nicht der für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Form. — Eine nur gegenüber dem Gegenbeteiligten, nicht auch gegenüber dem Gericht erklärte Zurücknahme der Beschwerde bewirkt an sich keine Rechtskraft und steht der Wiederholung der Beschwerde nicht entgegen.

4. *Josef, HoldheimsMSchr. **20** 12 (gegen Unger, BuschsZ. **38** 515). Ist eine Beschwerde unter einer Bedingung erhoben, so hat die Beschwerdeerklärung zur Zeit noch keine Wirkung; sie läßt ungewiß, ob die Tätigkeit des Beschwerde-

gerichts angerufen ist, oder ob die Verfügung in Rechtskraft übergeht. Eine solche Beschwerde ist danach unzulässig. Ist dagegen das Recht des Beschwerdeführers durch mehrere Verfügungen beeinträchtigt, dergestalt aber, daß die erfolgreiche Durchführung der gegen eine Verfügung erhobenen Beschwerde die Beschwerde gegen die andere Verfügung gegenstandslos macht, so steht dem Beschwerdeführer die Beschwerde gegen die mehreren Verfügungen gleichzeitig zu, und wenn er die Beschwerde gegen die eine der Verfügungen als eine eventuelle bezeichnet, so ist dies nur ein Hinweis auf die seiner Meinung nach erforderliche gesetzliche Behandlung der erhobenen mehreren Beschwerden.

5. Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der „Gerichtswechsel", das ist der durch einen gerichtlichen Akt (Einigung oder obergerichtliche Bestimmung) bewirkte Übergang einer anhängigen Sache von einem erstinstanzlichen Gericht auf ein anderes Gericht gleicher Ordnung, als eine eigenartige Rechtserscheinung von praktischer Bedeutung anzuerkennen. Mit jedem Gerichtswechsel ist für die betreffende Sache eine Gesamtnachfolge des neuen Gerichts in die Rechtsstellung des alten Gerichts erster Instanz verbunden. Das gilt auch in entsprechender Weise für die Beschwerdegerichte. Demgemäß sind nach dem Gerichtswechsel die Verfügungen und Entscheidungen der alten Gerichte in formeller Beziehung so zu behandeln, als ob sie bereits von den neuen Gerichten erlassen worden wären, und zwar sowohl hinsichtlich der Abänderungsbefugnis aus § 18, als für den Rechtszug, als auch für die Beschwerdeeinlegung. Danach hat nunmehr über die ersten (gewöhnlichen und sofortigen) Beschwerden gegen Verfügungen des alten Amtsgerichts das neue Landgericht und über die weiteren Beschwerden gegen Entscheidungen des alten Landgerichts das neue Oberlandesgericht zu befinden. Nach dem Eintritte des Gerichtswechsels sind derartige erste Beschwerden bei dem neuen Amts- oder Landgericht und weitere Beschwerden bei dem neuen Amts-, Land- oder Oberlandesgericht anzubringen; ihre Einlegung bei den alten Gerichten ist nicht mehr rechtswirksam. Vgl. zu § 5 unter 5 und zu § 18 unter 1 b.

§ 22. 1. * Unger, BuschsZ. **39** 43, 96. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Beschwerde sind vom Beschwerdeführer nachzuweisen, nicht vom Gerichte zu ermitteln. (Vgl. zu § 12 unter I 4.)

2. OLG. **21** 46, ZBlFG. **11** 259 Nr. 182, R. **10** Nr. 3242 (KG.). Rechtsirrtum über die Zuständigkeit des KG. (Einreichung der weiteren Beschwerde beim OLG. statt beim KG.) begründet nicht die Wiedereinsetzung.

3. ZBlFG. **10** 534 Nr. 458, DJZ. **10** 149 (KG.). Die Notfrist wird nicht dadurch gewahrt, daß am letzten Tage der Frist nach Schluß der Dienststunden und nach Schluß der Briefannahmestelle eine Beschwerdeschrift in den gerichtlichen Briefkasten gelegt wird. (Vgl. **RG.** JW. **10** 480 Nr. 24.)

4. * Josef, ZBlFG. **10** 378. Durch keinerlei Ereignisse wird der Lauf der Frist unterbrochen; wenn z. B. die Entscheidung einem Streitteile zugestellt ist und dieser im Laufe der Frist zur sofortigen Beschwerde stirbt, hört hierdurch der Fristenlauf nicht auf; dem Erben wird hier zumeist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist zu erteilen sein.

Literatur: Josef, Das Anweisungsrecht der Beschwerdegerichte in der FG., Gruchots Beitr. **55** 63. — Schmale, Das Anweisungsrecht der Beschwerdegerichte in der FG., GruchotsBeitr. **54** 529. — Unger, Die Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **39** 41 (Fortsetzung: Verfahren des Beschwerdegerichts).

§ 23. Rechtslehre. 1. KGJ. **37** 74. Verweist das Beschwerdegericht die Sache zu weiterer Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurück, so

ist diese Entscheidung für das Amtsgericht bindend, auch wenn sie nicht dem Gesetz entspricht.

2. * Unger, BuschsZ. **39** 54 f. Unter neuen Tatsachen sind sowohl solche, die im Zeitpunkte der Erlassung der angefochtenen Verfügung bereits vorhanden waren, als auch solche zu verstehen, die erst nach dieser Erlassung entstanden sind. — * Unger, BuschsZ. **39** 59. Durch neue Tatsachen oder Beweismittel kann die Beschwerde von einem Gegenbeteiligten auch bekämpft werden. — * Unger, BuschsZ. **39** 102 f. Der Beschwerdeentscheidung ist stets derjenige tatsächliche Zustand zugrunde zu legen, der im Zeitpunkt ihrer Erlassung besteht, nicht der zur Zeit der Erlassung der angefochtenen Verfügung vorhanden gewesene. Dagegen * Josef, ZBlFG. **11** 612; s. zu § 76 unter 3. — * Unger, BuschsZ. **39** 41. Für die Form der Begründung der Beschwerde, auch die der Begründung durch neue Tatsachen und Beweismittel, gelten nicht die besonderen Vorschriften über die Einlegung der Beschwerde, sondern die für alle Erklärungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestehenden. — *Unger, BuschsZ. **39** 66 f. Jedes Fehlgehen in einem dem Gericht obliegenden Ermessen, auch bei Leitung des Verfahrens, ist zur Begründung einer Beschwerde geeignet. — * Unger, BuschsZ. **39** 76 f. Das Beschwerdegericht ist berechtigt, vom Erstinstanzrichter die Klarlegung der Gründe der angefochtenen Verfügung einzufordern. — * Unger, BuschsZ. **39** 95. Befindet das Beschwerdegericht die Beschwerde für unzulässig, so ist es zur sachlichen Erörterung und Bescheidung der Beschwerde nicht befugt. — * Unger, BuschsZ. **39** 73, 104 f. Das Beschwerdegericht darf wegen streitiger Rechtsverhältnisse, die für seine Entscheidung in Frage kommen, seine Entscheidung nur dann bis zur Entscheidung eines hierüber anhängigen oder einzuleitenden Prozesses aussetzen, wenn dies vom Gesetze besonders gestattet ist, oder wenn sämtliche Beteiligten einwilligen.

3. Entscheidungspflicht und Zurückverweisungsrecht des Beschwerdegerichts. a) * Schwartze, GruchotsBeitr. **54** 592 f. Die Beschwerdegerichte haben in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit kein Recht, das Amtsgericht zu einem Tun anzuweisen. Sind Recht und Pflicht der Entscheidung in vollem Umfang auf das Beschwerdegericht übergegangen, so hat das Beschwerdegericht selbst als Vormundschafts- oder Nachlaßgericht tätig zu sein, z. B. Verträge zu genehmigen, Erbscheine zu erteilen. Widerrechtliche Anweisungen geben dem Amtsgericht dann ein Beschwerderecht, wenn es in Ansehung der von ihm bearbeiteten Angelegenheiten eigene Rechte hat. Solche Fälle gibt es. (Vgl. KGJ. **37** A 127 Nr. 28.) **b)** Dagegen * Josef, GruchotsBeitr. **55** 63 f. (unter Aufgabe der früheren Ansicht, JDR. **7** 1000 und BuschsZ. **39** 338). Das FGG. hat keine ausdrückliche Vorschrift darüber, wie das Beschwerdegericht bei Erledigung einer Beschwerde zu verfahren hat, insbesondere nicht darüber, ob es, wenn es die Beschwerde begründet befindet, in der Sache selbst die Entscheidung zu treffen hat, oder ob es sich auf bloße Aufhebung der Entscheidung des Amtsgerichts beschränken und an dieses die Sache zur anderweiten Entscheidung zurückverweisen kann, auch die bloße Aufhebung und Zurückverweisung ist eine „Entscheidung" i. S. des § 19 Abs. 2. Der § 12 besagt nur, daß, wenn dem Beschwerdegericht Ermittelungen obliegen, es sie von Amts wegen zu veranstalten hat, und steht also einer Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht zur anderweiten Entscheidung nach Anstellung der etwa erforderlichen Ermittelungen nicht entgegen. Danach hat das Beschwerdegericht die Wahl, entweder in der Sache selbst zu entscheiden oder die Sache zur anderweiten Entscheidung zurückzuverweisen. Dem Interesse der Rechtspflege und der Beteiligten entspricht es, daß das Beschwerdegericht tunlichst in der Sache selbst entscheidet, also eine sofortige endgültige Entscheidung herbeiführt, und nicht unter bloßer Aufhebung der Vorentscheidung die Sache zu anderweiter Entscheidung an das Amtsgericht zurückverweist;

denn durch dies letztere Verfahren wird eine unnötige Verzögerung der endgültigen Entscheidung und eine Vervielfältigung der ergehenden Entscheidungen herbeigeführt.

4. Beschränkung der Entscheidungspflicht, Ausführung der Beschwerde-Entscheidung s. zu § 19 unter I 2.

§ 24. 1. * Josef, BuschsZ. **40** 285, ZBlVormundschaftswesen **2** 121, R. **10** 127. Ist eine in der FG. erlassene Verfügung wirksam geworden und ist auf sie die Klage oder eine Einrede gestützt, so kann, wenn gegen die Verfügung Beschwerde erhoben ist, das Prozeßgericht nicht das Verfahren aussetzen. Denn die Voraussetzungen des § 148 ZPO. liegen nicht vor, da über das Rechtsverhältnis weder ein anderer Rechtsstreit anhängig ist, es auch nicht von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, sondern dem Beschwerdegerichte der FG. die Entscheidung obliegt. In solchen Fällen (z. B. wenn der frühere Vormund die ihm vom Vormundschaftsgerichte zugebilligte Vergütung gegen den früheren Mündel einklagt, der Beklagte aber gegen diese Verfügung Beschwerde eingelegt hat) kann aber das Beschwerdegericht auf Grund des § 24 Abs. 3 eine einstweilige Anordnung erlassen, durch die der angefochtenen Verfügung die Wirksamkeit bis zur Entscheidung über die Beschwerde entzogen wird. Eine solche Anordnung enthält zugleich das stillschweigende Gebot an den Beschwerdeführer, bis zum gedachten Zeitpunkte seinerseits im Rechtsstreite weitere Handlungen nicht vorzunehmen, so daß die Prozeßparteien gegeneinander verpflichtet sind, das Verfahren bis zur Endentscheidung über die Beschwerde ruhen zu lassen.

2. * Unger, BuschsZ. **38** 529 f. Unter der Verfügung, durch die eine Strafe festgesetzt wird, ist nach dem Grunde der Vorschrift auch die Anordnung von Haft zur Erzwingung des Zeugnisses oder der Leistung des Offenbarungseids mitzubegreifen.

3. * Unger, BuschsZ. **38** 532 f. Der Unterrichter darf die Aussetzung der Vollziehung auch noch nach dem Eintritte der Devolutivwirkung der Beschwerde beschließen, der Oberrichter darf einstweilige Anordnungen schon vor diesem Eintritte treffen. — Die unterrichterliche Aussetzung der Vollziehung, die oberrichterliche einstweilige Anordnung kann durch dieselbe Instanz abgeändert, die erstere, nicht aber die letztere, kann im Rechtsmittelweg angefochten werden.

§ 25. 1. SeuffBl. **09** 776, BayRpflZ. **09** 437 (BayObLG.). Wesentliche Irrtümer in den Entscheidungsgründen begründen die Verletzung des § 25.

2. Vgl. zu § 27 unter 16.

3. Unger, DNotV. **11** 128. Der § 25 bezweckt, dem OLG. erkennbar zu machen, durch welche Erwägungen das LG. zu seiner Entscheidung gelangt ist und dadurch die Prüfung, ob der Entscheidung ein Rechtsirrtum zugrunde liegt, zu ermöglichen. Folglich ist dem § 25 genügt, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen aus der Begründung ersichtlich und im Zusammenhange mit der Entscheidung schlüssig sind, und zwar selbst dann, wenn der rechtliche Standpunkt, von dem aus das LG. seine tatsächlichen Feststellungen vorgenommen und seine Entscheidung gefällt hat, ein irriger oder die Begründung sonst unrichtig ist. Die Vorschrift des § 25 kann daher nicht deshalb verletzt sein, weil bei Zugrundelegung der richtigen Rechtsansicht weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich gewesen wären, von denen die Gründe der Beschwerdeentscheidung nichts enthalten oder weil die tatsächlichen Feststellungen oder sonstige Erwägungen des Gerichts nicht zu billigen sind.

§ 27. Literatur: Josef, Das Anweisungsrecht der Beschwerdegerichte in der FG., GruchotsBeitr. **55** 80. — Unger, DNotV. **11** 129 (Rechtsprechungs-Übersicht).

Rechtslehre. 1. ElsLothNotZ. **09** 20 (Colmar). Nur die Beobachtung der Auslegungsvorschriften des § 133 BGB. durch das Beschwerdegericht, nicht dessen Auslegung selbst unterliegt der Nachprüfung auf weitere Beschwerde. Ebenso ElsLothJZ. **09** 96 (Colmar).

2. ElsLothNotZ. **09** 81 (Colmar). Auf eine Unzweckmäßigkeit in der Art der Anordnung des persönlichen Verkehrs zwischen dem von der Personensorge

ausgeschlossenen Elternteil und den Kindern kann die weitere Beschwerde nicht gestützt werden. Ebenso BayObLG. **9** 385.

3. BadRpr. **10** 40, ZBlFG. **10** 649 Nr. 547 (Karlsruhe). Auch die Verletzung der Rechtsgrundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen begründet die weitere Beschwerde.

4. ElsLothNotZ. **09** 143, ElsLothJZ. **10** 121, ZBlFG. **10** 42 Nr. 9 (Colmar). Auf die weitere Beschwerde kann die vom Beschwerdegericht unter Beiseitelassung der auf Feststellung des wahren Willens ausgehenden Gründe des Beschwerdeführers nur auf die Fassung der Verfügung von Todes wegen gestützte Auslegung beseitigt werden.

5. BadRpr. **09** 62, ZBlFG. **9** 725 Nr. 606 (Karlsruhe). Unter die der weiteren Beschwerde unterliegenden Rechtsverletzungen fällt es auch, wenn das Gericht in der Subsumption der konkreten Tatsachen unter das Gesetz irrt und daher auf sie eine andere als die zutreffende Gesetzesnorm angewendet hat.

6. OLG. **20** 400 (KG.). Neue Tatsachen müssen vom OLG. dann noch berücksichtigt werden, wenn sie die Sachlage derart verändern, daß der Antrag wegen Beseitigung seiner wesentlichen Grundlagen zwecklos wird und für eine Entscheidung über ihn kein Raum bleibt (Grundbuchs.).

7. OLG. **21** 351, R. **11** Nr. 209 (KG.). Auch Tatsachen, die das Recht zur Einlegung der Beschwerde begründen sollen, können in der weiteren Beschwerde nicht neu vorgebracht werden.

8. KGJ. **39** 104. Fällt nach Erlassung des landgerichtlichen Beschlusses ein dem Antrage des Beschwerdeführers entgegenstehendes rechtliches Bedenken weg (wird z. B. die ältere Firma gelöscht, von der sich die angemeldete neue Firma nicht deutlich unterschied), so kann diese neue Tatsache nicht die weitere Beschwerde, sondern nur einen neuen Antrag beim Amtsgerichte begründen.

9. KGJ. **39** 109. Ist die Sache zur Entscheidung reif, so bedarf es, auch wenn die angefochtene Entscheidung auf Gesetzesverletzung beruht, sie sich aber im Ergebnis als richtig darstellt, nicht der Zurückverweisung.

10. *Josef, GruchotsBeitr. **55** 80. Da dem OLG. als Gericht der weiteren Beschwerde die Veranstaltung von Ermittelungen nicht zusteht, muß es, wenn die Beschwerdeentscheidung auf Verletzung des Gesetzes beruht, die endgültige richtige Entscheidung aber noch vorherige Ermittelungen erforderlich macht, sich auf bloße Aufhebung der Beschwerdeentscheidung beschränken. Sind dagegen solche Ermittelungen nicht erforderlich, so kann das OLG. nach seinem Ermessen auch die Entscheidung in der Sache selbst erlassen. Enthält die Entscheidung eine Anweisung, deren Ausführung nur vom Amtsgericht erfolgen kann, so kann das OLG. die Sache natürlich nur an das Amtsgericht zurückverweisen. In Fällen dagegen, wo das OLG. eine nochmalige Prüfung der Sach- und Rechtslage für erforderlich hält, bevor die Endentscheidung ergehen kann, kann es nach seinem Ermessen die Zurückverweisung an das Amtsgericht oder auch an das Beschwerdegericht aussprechen.

11. OLG. **18** 354g (Braunschweig). Haben die Vorinstanzen die Erteilung des Erbscheins wegen angeblicher Nichtigkeit des Testaments abgelehnt, so hat das OLG., wenn es die weitere Beschwerde für begründet erachtet, die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen, das an die Rechtsansicht des OLG. gebunden ist.

12. *Josef, KGBl. **09** 77. Eine Endentscheidung i. S. des § 27, also mit weiterer Beschwerde anfechtbar, ist auch die Entscheidung, durch die das Landgericht die angefochtene Verfügung aufhebt und die Sache zwecks neuer Ermittelungen an das Amtsgericht zurückweist, sowie ferner die Entscheidung, durch die das Landgericht das Beschwerdeverfahren aussetzt.

also bis auf weiteres für beendigt erklärt. Gegen die Aussetzungsverfügung ist danach die weitere Beschwerde zulässig, jedoch nur, wenn die Aussetzung auf Verletzung des Gesetzes beruht, d. h. beschlossen ist in einem Falle, wo sie gesetzlich unzulässig ist. Regelmäßig aber hängt infolge der dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch in der Beschwerdeinstanz eingeräumten freien Stellung die Aussetzung des Verfahrens lediglich vom Ermessen des Gerichts ab, und die weitere Beschwerde gegen die Aussetzungsverfügung kann also nicht darauf gestützt werden, daß das Landgericht von seinem Ermessen einen unrichtigen Gebrauch gemacht habe.

13. *Josef, LeipzZ. **09** 831. Der Gegenbeteiligte kann mit der weiteren Beschwerde geltend machen, daß die Beschwerde-Entscheidung auf Verletzung des Gesetzes beruhe, weil die erste Beschwerde von einem Nichtlegitimierten erhoben war.

14. OLG. **21** 47 d α, ZBlFG. **11** 262 Nr. 202, R. **10** Nr. 3246 (Colmar). Hat das Nachlaßgericht auf Antrag des Beschwerdeführers die Auseinandersetzung angeordnet und war bei Erlaß dieser Anordnung und bei Erlaß der Beschwerdeentscheidung die Erbeneigenschaft des Antragstellers noch nicht bestritten, sondern ihr Bestreiten nur in Aussicht gestellt, so ist kein Recht des Antragstellers beeinträchtigt, seine weitere Beschwerde gegen die Anordnung der Auseinandersetzung also unbegründet, selbst wenn seine Erbeneigenschaft nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung tatsächlich bestritten worden ist. — Vgl. Unger, DNotV. **11** 135.

15. ZBlFG. **11** 367 Nr. 248, R. **10** Nr. 3243 (Colmar). Auch wenn sich zum ersten Mal in der Beschwerde-Instanz die Beteiligung eines Dritten ergibt (z. B. eine Beschwerung der Staatskasse durch die dem Zahlungspflichtigen günstige Beschwerdeentscheidung), kann diese nur durch weitere Beschwerde angefochten werden.

16. ThürBl. **57** 223, ZBlFG. **11** 367 Nr. 246 (Jena). Der Mangel erschöpfender Darstellung des für die Beschwerdeentscheidung maßgebenden Sachverhalts begründet auch ohne ausdrückliche Rüge die weitere Beschwerde; diese kann auch darauf gestützt werden, daß unter Verletzung des Gesetzes Tatsachen übergangen sind. Vgl. hierzu Unger, DNotV. **11** 128.

17. BadRpr. **09** 26 (Karlsruhe). Auf Verletzung des § 12 kann die weitere Beschwerde nur gestützt werden, wenn die Pflicht zu ermessen oder die gesetzlichen Schranken des Ermessens verletzt sind; denn der Umfang der Beweiserhebung bestimmt sich nach dem freien Ermessen des Gerichts.

18. JDR. **7** Ziff. **1 h** statt BayObLG. **8** 361, BayObLG. **9** 361.

§ 28. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 83. Bloße Verschiedenheit in der Begründung einer Entscheidung, die diese selbst unberührt lassen, rechtfertigen nicht die Vorlegung an das RG.

2. Unger, DNotV. **10** 351. Zusammenstellung der Rechtslehre und Rechtsprechung über das selbständige Prüfungsrecht des RG., ob die Vorlegung mit Recht erfolgt ist.

3. ElsLothZ. **35** 498, 501, ZBlFG. **11** 367 Nr. 250 (Colmar); ZBlFG. **11** 444 (BayObLG.). Vorlegung an das RG. nicht erforderlich, wenn das OLG. zwar von der Entscheidung eines anderen OLG., aber nicht von der des RG. abweichen will.

§ 29. Literatur: Unger, Zusammenstellung der gesamten Rechtsprechung zu § 29, DNotV. **10** 353.

1. *Weber, SeuffBl. **09** 305. Eine an Stelle des Gerichtsschreibers vom Richter selbst vorgenommene Protokollierung der weiteren Beschwerde macht das Beschwerdeprotokoll nicht wegen Verletzung einer Zuständigkeitsvorschrift unwirksam.

2. Abs. 1 Satz 3.

3. **a)** KGJ. **39** 149. Reichsbank und =nebenstelle als Behörde (GrdbS.). **b)** ElsLothNotZ. **10** 141 (Colmar). Der Gerichtsvollzieher im Reichsland ist keine Behörde. **c)** KGJ. **37** 128. Das Badische Notariat ist eine Behörde. **d)** BayObLG. **9** 454, OLG. **18** 248 Anm. 2. Der Abs. 1 Satz 3 findet nicht Anwendung, wenn sich der Notar darauf beschränkt hatte, dem Vormundschaftsgerichte die Urkunde vorzulegen, in der der Vormund des minderjährigen Verkäufers die Genehmigung des beurkundeten Vertrags beantragt. **e)** OLG. **21** 48 , ElsLothNotZ. **10** 212, ZBlFG. **11** 44, R. **10** Nr. 3244 (Colmar). Ist der Antrag auf Erteilung des Erbscheins an das Nachlaßgericht, wenn auch vom Notar beurkundet, von der Partei selbst gestellt, so berechtigt der Umstand, daß der Notar in Vollmacht des Antragstellers die erste Beschwerde erhoben hat, ihn nicht zur Erhebung und Unterzeichnung der weiteren Beschwerde. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn er auch den Antrag an die erste Instanz gestellt hat. **f)** ZBlFG. **11** 367 Nr. 249, R. **10** Nr. 3245 (BayObLG.). Keine Einlegung der Beschwerde durch den Notar, dessen Tätigkeit erst nach Beendigung der Sachbehandlung durch das AG. begonnen hat; s. JDR. **3** 2, 207 unter b Abs. 2. **g)** R. **11** Nr. 606 (BayObLG.). Ist der gesetzliche Vertreter des Mündels selbst Anwalt, so genügt seine Unterschrift zur Einlegung der weiteren Beschwerde. **h)** ElsLothNotZ. **09** 81 (Colmar). Die weitere Beschwerde muß von einem in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; es genügt nicht, daß ein solcher nach Inhalt der vom Beschwerdeführer selbst unterzeichneten Beschwerdeschrift diese verfaßt hat. **i)** BayObLG. **9** 207. Wenn die weitere Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt wird, ist die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch einen Rechtsanwalt erforderlich; die Einlegung der Beschwerde durch einen Notar genügt nur dann, wenn dieser in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag an das Gericht erster Instanz gestellt hat. Ein Begleitschreiben, mit dem der Notar lediglich Parteianträge übermittelt, ist kein solcher Antrag. **k)** ElsLothZ. **09** 613, DNotV. **11** 136 (Colmar). Der Notar ist vom Anwaltszwang auch dann befreit, wenn er die weitere Beschwerde im eigenen Namen einlegt. **e)** BayObLG. **9** 409. Durch Erklärung zum Protokolle des Gerichts kann die weitere Beschwerde nicht eingelegt werden.

3. Abs. 4. **RG.** JW. **09** 143 Nr. 28. Der Abs. 4, wonach die Instanzgerichte nicht befugt sind, der weiteren Beschwerde abzuhelfen, findet auch Anwendung, wenn gegen die Verfügung nicht weitere Beschwerde, sondern nochmals erste Beschwerde eingelegt ist (Grundbuchs.).

4. Abs. 5. OLG. **21** 44 (KG.). Wirksamwerden der Entscheidung des OLG., s. zu § 16 unter 1 b.

§ 30. Literatur: Unger in DNotV. **10** 360: Übersicht über die bisherige Rechtsprechung.

1. KGJ. **39** 140, RJA. **10** 189, ZBlFG. **11** 99. Zur Entscheidung über die Beschwerde in Musterregistersachen ist nicht die Zivilkammer, sondern die KfH. zuständig. Haben beide Kammern sich für unzuständig erklärt, so kann die weitere Beschwerde gegen beide Beschlüsse eingelegt werden. (Vgl. zu § 21 unter 4.)

2. OLG. **19** 352, R. **09** Nr. 1369 (Braunschweig). Für Beschwerden über Eintragungen im Genossenschaftsregister und deren Löschung ist die KfH. ausschließlich zuständig, die Entscheidung der Zivilkammern also nichtig.

3. Stein, LeipzZ. **09** 650. Die Annahme des **RG.** in GruchotsBeitr. **47** 433 (JDR. **3** 2, 207), daß ein Fall irriger Annahme der Zuständigkeit i. S. des § 551 Ziff. 4 ZPO. vorliege, wenn die Zivilkammer statt der KfH. erkannt hat, ist nicht zu billigen.

§ 32. 1. KGJ. **37** 48, SeuffBl. **09** 318, R. **09** Nr. 1587. Unter „Willenserklärungen" i. S. des § 32 fallen auch genehmigende Anordnungen des Vormundschaftsgerichts, so, wenn dieses eine Behinderung des Vaters festgestellt (§ 1677) und

die Mutter nach § 1685 Abs. 1 in die Volljährigkeitserklärung gewilligt, auch den diesbezüglichen Beschluß entgegengenommen hat. Durch eine spätere Aufhebung der Feststellung werden jene Befugnisse der Mutter nicht beseitigt. — Vgl. hierzu Unger, DNotV. **11** 140.

2. *Hörle, ZBlFG. **9** 770. Wenn die Nachlaßpflegschaft nach § 18 FGG. oder im Beschwerdewege von einem höheren Gericht aufgehoben wird, weil sie ungerechtfertigt angeordnet worden ist, so bleiben die von dem Nachlaßpfleger und ihm gegenüber in seinem Wirkungskreise bis zum Zeitpunkte der rechtskräftigen Aufhebung vorgenommenen Rechtshandlungen wirksam. Diese Wirkung tritt nicht ein, wenn die Pflegschaft aufgehoben wird, weil sie von einem sachlich unzuständigen Gericht eingeleitet worden oder an sich unwirksam oder nichtig ist. (Vgl. auch § 7 FGG.)

3. Benjamin, DJZ. **09** 1263. Aus § 32 kann nicht gefolgert werden, daß eine Aktiengesellschaft, die trotz Eintragung nach §§ 309, 311 HGB. nichtig ist, als prozeßfähig gelten muß. Denn die Eintragung ist zwar eine Verfügung, aber eine solche, die nur die Schließung des Gesellschaftsvertrags ergänzt und bei dessen Fehlen jeder konstitutiven Kraft entbehrt. (Gegen Josef, ZZP. **30** 98, JDR. **3** 2, 208.)

§ 33. 1. Heymuth, DJZ. **10** 142, Beschwerde gegen die Ordnungsstrafe nach Aufhebung der Vormundschaft.

2. OLG. **18** 298 Nr. 12 d δ (KG.). Auch gegen die bloße Androhung der Strafe findet Beschwerde statt.

§ 34. 1. OLG. **18** 196 (KG.). Vollmacht zur Akteneinsicht auf den Inhaber genügt.

2. KGJ. **38** 6, OLG. **21** 1 Anm., R. **10** Nr. 3068. Wenn das Nachlaßgericht die von einer Privatperson zum Zwecke der Einsicht eines eröffneten Testaments beantragte Übersendung der Testamentsakten an ein anderes Gericht nicht mangels Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses des Antragstellers, sondern aus Verwaltungsrücksichten, insbesondere wegen Verlustgefahr ablehnt, so findet gegen diese Ablehnung regelmäßig nicht Beschwerde im Rechtswege, sondern nur im Aufsichtswege statt.

3. Dagegen HessRspr. **11** 90, ZBlFG. **11** 367 Nr. 245 (LG. Gießen). Gegen Verweigerung der Versendung der Urschrift eines Testaments zur Einsichtnahme ist Sachbeschwerde zulässig und begründet, da die bloße Möglichkeit des Verlustes nicht die Ablehnung rechtfertigt.

4. BayNotZ. **11** 294, ZBlFG. **11** 259 Nr. 180 (BayObLG.). Es genügt, wenn sich nach dem Inhalte der einzusehenden Urkunde entscheiden muß, gegen welche von mehreren Personen der Einsehende klagen muß.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 35. 1. *Josef, BuschsZ. **40** 285, R. **10** 127. Das Vormundschaftsgericht ist keine Verwaltungsbehörde i. S. des § 148 ZPO. und des § 13 GG.; denn unter Verwaltungsbehörden sind nur Behörden zu verstehen, die zur allgemeinen Staats- oder Gemeindeverwaltung berufen sind. Vgl. zu § 24 unter 1.

2. KGJ. **37** 34, RJA. **10** 1, ZBlFG. **10** 66. Begriff der Vormundschaftssachen im Sinne des FGG. und des BGB.

3. JDR. **7** Ziff. II c = BayObLG. **9** 219.

§ 36. 1. ZBlFG. **10** 653 Nr. 569, R. **10** Nr. 566 (BayObLG.). Kann ein deutscher Wohnsitz des Vaters des zu Bevormundenden nicht mehr ermittelt werden, so ist für die Vormundschaft das Amtsgericht des Aufenthalts des Kindes zuständig.

2. ZBlFG. **10** 761 Nr. 661 u. 368 Nr. 256, R. **10** Nr. 1212 (BayObLG.). Wegzug der verwitweten Mutter mit ihrer minderjährigen Tochter beseitigt auch den Wohnsitz der Tochter.

3. *Josef, R. **10** 441, Heilanstalt als Wohnsitz Entmündigter, s. zu § 73.

4. R. **09** Nr. 3025 (BayObLG.). Wegzug des volljährigen Kindes von den Eltern und Eintritt in eine auswärtige ständige gewerbliche Stellung (Kellnerin) hebt den früheren Wohnsitz auf; für die Vormundschaft über das uneheliche Kind der so weggezogenen Kellnerin ist also das Gericht ihres eigenen Wohnsitzes zuständig.

§ 37. 1. KGJ. **38** 70. Entscheidend ist nicht der Zeitpunkt, in dem die Anordnung der Pflegschaft verlangt wird, sondern der, in dem das Bedürfnis zuerst eingetreten ist (Tod des Zuwenders i. F. des § 1909).

2. BadNotZ. **09** 79, ZBlFG. **10** 45 Nr. 28 (Karlsruhe). Auch wenn nach Auslandsrecht die Vertretungsbefugnis des Vormundes sich auf das im Auslande befindliche Vermögen beschränkt (Amerika), besteht kein Anlaß für die inländische Vormundschaftsbehörde, über das Vermögen eine Pflegschaft anzuordnen. Denn die Fürsorge ist vom Auslandsstaat übernommen.

3. OLG. **17** 365 Nr. 17e, ZBlFG. **9** 414 Nr. 376 (BayObLG.). Das Gericht, in dessen Bezirke das Bedürfnis einer Abwesenheitspflegschaft hervortritt, ist, wenn an demselben Orte das Bedürfnis für mehrere Abwesende vorliegt, nur hinsichtlich des Abwesenden zuständig, in dessen Person die Voraussetzungen des § 37 Abs. 2 vorliegen. Es besteht in diesem Falle weder eine Vorschrift, wie die des § 36 Abs. 1, noch ist die Bestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht zulässig.

§ 39. OLG. **18** 307 (KG.). Ein Inländer, von dem wegen seiner Verschollenheit nicht ermittelt werden kann, ob er aufgehört hat, Deutscher zu sein, muß bei der Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft als Deutscher (§ 36 Abs. 2) behandelt werden (JDR. **3** 2, 214).

§ 41. 1. R. **10** Nr. 2278 (BayObLG.). Maßgebend für die örtliche Zuständigkeit für die Pflegschaft aus § 1913 ist der Zeitpunkt der Anordnung und der Ort der vorzunehmenden Handlung.

2. R. **11** Nr. 387 (BayObLG.). Das Fürsorgebedürfnis tritt hervor in dem Gerichtsbezirk, in dem die Eltern der als Nacherben eingesetzten Kinder ihren Wohnsitz haben.

§ 43. 1. BadRpr. **09** 166, ZBlFG. **10** 261 Nr. 233 (Karlsruhe). Welches Gericht zuständig ist, die Genehmigung zur Stellung des Antrags auf Entlassung eines nicht bevormundeten Kindes aus dem Staatsverbande zu erteilen, bestimmt sich nach § 36 Abs. 1, 2, wobei maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem das Gericht mit der Sache befaßt wird.

2. KGJ. **38** 79. Für Anordnungen aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 (Kinder aus geschiedenen Ehen) ist das Gericht des Wohnsitzes des Vaters auch dann zuständig, wenn er das Kind durch Vertrag der Ehefrau überlassen hat. — Wegen Anwendbarkeit des § 46 s. zu § 46 unter g.

3. OLG. **21** 260 Nr. 12 iß (Dresden). Daß der an der Scheidung schuldige Vater den Umzug der Kinder mit der Mutter in eine andere Stadt und ihr Verbleiben daselbst bis auf weiteres genehmigt, bedeutet nicht notwendig die Begründung eines neuen Wohnsitzes der Kinder (§ 8 BGB.), kann vielmehr auch eine bloße Aufenthaltsbestimmung durch den Vater sein (1635, 1631).

§ 44. KGJ. **37** 97. Der § 44 findet auch für die vorläufige Unterbringung im Fürsorgeerziehungsverfahren Anwendung.

§ 46. 1. Der Abs. 2 ist geändert durch Art. VI Ziff. 2 RGes. betr. die Zuständigkeit des RG. vom 22. Mai 1910: falls das RG. das gemeinschaftliche obere Gericht ist, entscheidet dasjenige OLG., zu dessen Bezirke das Gericht gehörte, an welches die Vormundschaft abgegeben werden soll.

2. Allgemeines. a) * Hörle, ZBlFG. **9** 722. Sowohl das nach § 73 zuständige, als auch das nach § 74 mit der Nachlaßpflegschaft befaßte Amtsgericht

kann diese nach §§ 75, 46 an ein anderes Amtsgericht abgeben. **b**) ZBlFG. **9** 729 Nr. 628, R. **09** Nr. 1370 (BayObLG.). Eine Vorschrift, daß die Vormundschaften über mehrere minderjährige Geschwister bei demselben Gerichte zu führen sind, besteht nicht; daher kann die Vormundschaft über eins der Kinder abgegeben werden, auch wenn für das andere Kind kein Grund zur Abgabe besteht. **c**) ZBlFG. **10** 536 Nr. 468, DJZ. **10** 148 (KG.). Will das Vormundschaftsgericht die Vormundschaft nach Bestellung des Vormundes an ein anderes Gericht abgeben, so ist es auch bei zeitweiliger Nichtbesetzung des Amtes des Vormundes verpflichtet, den Vormund über die Abgabe zu hören; es muß also zunächst einen Vormund bestellen. **d**) KGJ. **39** 11, SeuffBl. **10** 219, OLG. **21** 281, ZBlFG. **10** 653 Nr. 570, DJZ. **10** 653, DJZ. R. **10** Nr. 2279. Die Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts tritt auch in dem Falle ein, wenn das um Übernahme einer Vormundschaft ersuchte Gericht die Übernahme ablehnt und der Vormund der Abgabe widerspricht. Der Annahme des BayObLG. (JDR. **3** 216 II 3): es genüge die Übereinstimmung des Vormundes und des einen der beiden Gerichte, um ein Bedürfnis der Abgabe zu verneinen, ist nicht beizutreten. **e**) ZBlFG. **11** 370 Nr. 268, R. **10** Nr. 3248 (BayObLG.). Ist das Verlangen um Übernahme der Vormundschaft schon vor deren Einleitung gestellt und abgelehnt worden, so bedarf es keiner nochmaligen Anhörung des ablehnenden Gerichts nach Einleitung der Vormundschaft, wenn die Weigerungsgründe dauernder Art sind. **f**) R. **9** Nr. 2833 u. 3162 (BayObLG.). Die Abgabe wird nicht dadurch gehindert, daß die Bestellung eines neuen Vormundes im Gange ist, auch nicht dadurch, daß voraussichtlich Zwangserziehung angeordnet werden wird. **g**) KGJ. **38** 79. Das gemeinschaftliche obere Gericht entscheidet über die Abgabe, wenn in den im § 43 bezeichneten Angelegenheiten (z. B. im Verfahren betr. Übertragung der Sorge aus § 1635 Abs. 1 Satz 2, also nach der Ehescheidung) der Vater seine Zustimmung zur Abgabe verweigert.

3. „Wichtiger Grund"; Kasuistik. R. **09** Nr. 1371, 1037, 1925, 1926, 2027, 2833, R. **10** Nr. 1641, 1642, 2685, 2054—2056, ElsLothZ. **09** 324, BayRpflZ. **09** 437. (Ohne besonderes praktisches und wissenschaftliches Interesse; vgl. JDR. **7** 1005.) R. **11** Nr. 607 (BayObLG.). Gegen die Übernahme einer Vormundschaft spricht die Aussicht, daß in absehbarer Zeit (z. B. wegen Besserung des Geisteskranken) ihre Aufhebung zu erwarten steht.

4. Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. 27. Unter Abs. 3 fallen auch die Angelegenheiteu, die die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten untereinander oder das eheliche Güterrecht betreffen. (AM. *Josef Anm. 10.)

§ 47. 1. Sieveking, ZBlFG. **10** 24 ff., 153 ff., 205 ff., 289 ff., Ausländisches Vormundschaftsrecht, Haager Konvention.

2. OLG. **18** 311 (Colmar). Zuständigkeit der Schweizer Behörden zur Vormundschaft über dort ansässige Deutsche.

§ 53. 1. *Josef, ZBlFG. **9** 500. Ist die sofortige Beschwerde versäumt, so ist die Verfügung der Beschwerde (und ebenso der Aufhebung durch das Gericht selbst, § 18 Abs. 2) entzogen, auch wenn sie, als gesetzwidrig erlassen, nichtig ist. Die Nichtigkeit kann dann nur noch im Prozeßwege geltend gemacht werden.

2. KGJ. **38** 44, RJA. **10** 167, ZBlFG. **11** 84, R. **10** Nr. 2446. Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die es die Genehmigung des Gegenvormundes zu einem Rechtsgeschäft ersetzt, tritt nicht erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit (im Anschluß an Josef, JDR. **7** 1005). Vgl. zu § 55 unter 1.

§ 55. 1. KGJ. **38** 44, RJA. **10** 167, ZBlFG. **11** 84, R. **10** Nr. 2446. Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die es die Genehmigung des Gegenvormundes zu einem Rechtsgeschäft ersetzt, kann nicht mehr geändert werden, wenn sie einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist.

2. **RG.** JW. **10** 158. Wenn die von zwei Amtsgerichten erteilten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen miteinander in Widerspruch stehen, so liegt darin nicht schon eine Änderung der früheren durch die spätere. Der § 55 findet hier also keine Anwendung; vielmehr werden an sich beide genehmigte Geschäfte wirksam in derselben Weise, als wenn jemand dieselbe Sache nacheinander an verschiedene Personen verkauft. (Der Beschluß des AG. zu B. genehmigte den Verkauf des Mündelgrundstücks an den Kläger, der Beschluß des AG. zu G. genehmigte dagegen denselben Verkauf an den Beklagten.)

3. KGJ. **38** 56. Begriff des „Dritten"; s. zu § 62.

4. KGJ. **38** 62. Begriff der „Mitteilung" an den Dritten; s. zu § 62.

§ 56. KGJ. **37** 48. Solange die elterliche Gewalt des Vaters ruht (§ 1677 Abs. 1) und sie nach § 1685 Abs. 1 von der Mutter ausgeübt wird, erfolgt die Bekanntmachung gerichtlicher Anordnungen, insbesondere einer Volljährigkeitserklärung, rechtswirksam an die Mutter. Die Volljährigkeitserklärung wird in einem solchen Falle wirksam, wenn sie der Mutter, nicht auch dem Vater, bekannt gemacht und die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde abgelaufen ist. Dies gilt, selbst wenn die Feststellung, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sei, mit sachlich unzureichender Begründung getroffen war.

§ 57. Literatur: Josef, Das Beschwerderecht des Gemeindewaisenrats gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts, Zbl. für Vormundschaftswesen usw., **2** 61 ff.

Rechtslehre. I. Allgemein. Unger, BuschsZ. **39** 52. Die Beschwerde der Verwandten kann nur auf das Interesse des Mündels gestützt werden, nicht auf das eigene Interesse der Verwandten, wogegen z. B. dem Vater und dem Manne gegen die Volljährigkeitserklärung und die Bestellung der Frau als Vormünderin die Beschwerde in eigenem Namen zusteht.

II. Ziff. 1 und 3. R. **09** Nr. 995a (BayObLG.). Kein Beschwerderecht des Ersatzerben gegen Aushändigung des Mündelvermögens; denn diese ist weder Aufhebung einer Vormundschaft noch Ablehnung einer Pflegschaft. Vgl. zu § 20 II a. b) BayObLG. **10** 559, SeuffBl. **10** 252, DJZ. **10** 1471, R. **10** Nr. 1143. Gegen die Ablehnung einer auf Grund des § 361 MStGO. einzuleitenden Pflegschaft steht dem Gerichtsherrn die Beschwerde zu. Vgl. JDR. **7** 994 II c.

III. Ziff. 4. Gimmerthal, ACivPr. **106** 294. Hat das Vormundschaftsgericht den Familienrat aufgelöst, so steht den Mitgliedern nach § 60 Ziff. 4 die sofortige, und falls sie Verwandte des Mündels sind, nach § 57 Ziff. 4 die einfache Beschwerde zu. Hat sie Erfolg, so lebt der alte Familienrat nicht wieder auf; das Gericht ist vielmehr nur verpflichtet, ihn wieder zu bilden, wobei es, wenn die Beschwerde aus § 60 eingelegt war, den Beschwerdeführer als Mitglied berufen muß, bei einer aus § 57 eingelegten Beschwerde aber die Mitglieder frei wählen kann. Verfügungen, die das Vormundschaftsgericht nach der Auflösung des Familienrats getroffen hat, werden nicht unwirksam. Jedenfalls muß die Entscheidung der Beschwerdeinstanz **ex nunc** wirken, wenn auf die aufgehobene Verfügung sich Rechte Dritter gründen.

IV. Ziff. 8. BayObLG. **10** Nr. 390, BayRpflZ. **09** 437, ZBlFG. **10** 413 Nr. 362, SeuffBl. **09** 776. Das Beschwerderecht erstreckt sich auch auf Verfügungen, die eine der in §§ 1668, 1670 bezeichneten Maßregeln betreffen; es beschränkt sich also nicht auf die Ablehnung der Anordnung und die Aufhebung einer Maßregel aus § 1667 Abs. 2.

V. Ziff. 9. a) *Josef, ZBlFG. **9** 512 und ZBl. für Vormundschaftswesen usw. **2** 61. Der Waisenrat hat nicht die Rechtsstellung, wie sie ein niederes Polizeiorgan hat, dessen Hilfe die Behörde ansprechen oder auch übergehen kann und dessen Verrichtungen sich mit Erstattung der Anzeige erledigen, auch nicht die Rechtsstellung eines dem Gericht angegliederten Organs, wie es der Gerichtsschreiber ist, sondern der Waisenrat hat eine durchaus selbständige Stellung mit ganz besonderen

in den §§ 1675, 1779, 1849—1851 geregelten Befugnissen; er ist ein innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit dem Vormundschaftsgerichte koordiniertes obervormundschaftliches Organ. Eine solche Behörde hat ein berechtigtes Interesse, die die Sorge für die Person des Kindes oder Mündels betreffenden Angelegenheiten gegenüber der anderen vormundschaftlichen Behörde — dem Gerichte — wahrzunehmen; daher steht in den gedachten Angelegenheiten dem Waisenrate die Beschwerde gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts nach § 57 Ziff. 9 zu. **b)** SeuffA. **09** 215, ZBlFG. **10** 47 Nr. 40 (KG.). Sowohl der Ortsarmenverband als auch der Gemeindewaisenrat sind beschwerdeberechtigt (JDR. **7** 518, 1007). **c)** BayObLG. **10** 359, R. **09** Nr. 2834. Eine Verfügung nach § 1612 Abs. 2 BGB. betrifft nicht stets die Person des Kindes im Sinne von § 57 Ziff. 9, z. B. dann nicht, wenn das nächste Ziel der vormundschaftsgerichtlichen abändernden Bestimmung die Abschneidung der Einwendungen ist, die der Vater gegen den Unterhaltsanspruch des Kindes vor dem Prozeßgericht erhoben hatte (JDR. **7** 1006 unter 3 c, d). **d)** KGJ. **38** 44, RJA. **10** 167, ZBlFG. **11** 84. Dem Gegenvormunde steht gegen eine Verfügung, durch die seine Genehmigung zur Abhebung von Mündelgeld zwecks Erziehungsbeihilfe ersetzt ist, die Beschwerde nicht zu. Vgl. zu § 20 II g. **e)** * Rohde, ZBlFG. **11** 67, 145. Die minderjährige oder bevormundete Ehefrau hat ein selbständiges Beschwerderecht in den Fällen der §§ 1357 Abs. 2 (Schlüsselgewalt), 1402, 1451 (Rechtsgeschäfte zur Besorgung persönlicher Angelegenheiten). Ferner in den Fällen des § 1358 Abs. 1 und Abs. 2. Hier wie im Falle des § 1357 Abs. 2 ergibt sich das Beschwerderecht schon aus dem Antragsrechte der Frau (§ 20 FGG.). Aus einem Beschwerderecht auf ein Recht zum Antrage zu schließen, ist nicht angängig. Das Beschwerderecht des § 59 stellt sich in den Antragsfällen als eine Ausnahme von § 20 Abs. 2 FGG. dar. Die Berechtigung zum Antrage regelt das BGB. **f)** Rohde, ZBlFG. **11** 55. Hält der Vormund der entmündigten Frau diese ohne rechtfertigenden Grund vom ehelichen Hausstande fern und lehnt das Vormundschaftsgericht ein Einschreiten ab, so steht dem Manne hiergegen die Beschwerde zu. **g)** KGJ. **38** 65, OLG. **21** 279, R. **10** Nr. 4164. Der Anspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Vater auf Gewährung von Unterhalt ist eine Angelegenheit, die nicht lediglich die Sorge für das Vermögen, sondern auch die Sorge für die Person des Kindes betrifft. Der unehelichen Mutter steht daher gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die eine vom Vormunde mit dem Vater getroffene Vereinbarung über eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung genehmigt wird, die Beschwerde zu, wenn sie geltend macht, daß durch die Vereinbarung das Interesse des Kindes verletzt sei. **h)** * Josef, ZBlFG. **9** 513. Gegen Beschlüsse des Familienrats steht die Beschwerde nicht dessen Mitgliedern, auch nicht dem Vormundschaftsrichter zu; denn sie haben kein berechtigtes Interesse (nicht die Aufgabe), die Angelegenheiten des Mündels durch Beschwerde gegen Beschlüsse des Familienrats wahrzunehmen. **i)** Gimmerthal, ACivPr. **106** 285. Der Familienrat bedarf als spezielles Vormundschaftsgericht nicht derselben Unterstützung wie der Vormundschaftsrichter. Daher muß auch das Beschwerderecht wegfallen, das nahen Angehörigen des Mündels durch Ziff. 9 gegeben wird. Denn wo die Familie als solche die Aufsicht über die Vormundschaft ausübt, hört das Interesse des einzelnen Familienmitglieds an der Führung der Mündelfürsorge auf, ein berechtigtes zu sein. **k)** ZBlFG. **10** 737 (BayObLG.). Dem Stiefvater steht gegen den die Zwangserziehung anordnenden Beschluß die sofortige (§ 57 Abs. 2) Beschwerde nicht zu. Vgl. zu § 20 II d. **l)** SeuffBl. **09** 358, R. **09** Nr. 725 (BayObLG.). Dem Stiefvater steht auch mit Zustimmung der Mutter kein Beschwerderecht gegen eine Entscheidung zu, die nach § 1629 ergangen ist und die Verwendung von Unfallrenten zum Unterhalte der Kinder betrifft. **m)** OLG. **21** 293, R. **11** Nr. 210 (KG.). Beschwerderecht der Schwester der Mündelmutter gegen die Vf., durch die ihr Antrag auf Entlassung des Vormundes, auf

Entziehung der Vertretungsmacht und auf Genehmigung des Wahlkindschaftsvertrags abgelehnt ist.

§ 59. 1. * Josef, ZBlFG. **10** 372, Rohde eb. **11** 67. Antrags- und Beschwerderecht der minderjährigen Frau bei Streit um die Schlüsselgewalt; s. zu § 13 unter 1 **c** und zu § 57 unter II 9 **e**.

2. KGJ. **37** 39. Beschwerderecht des Minderjährigen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen; s. zu § 13 unter 1 **a**.

3. R. **10** Nr. 2057 (BayObLG.). Die Erweiterung des Beschwerderechts gilt nicht für die durch das Landesrecht den Gerichten zugewiesenen Vormundschaftsangelegenheiten, z. B. für standesherrliche Familienhäupter.

4. ZBlFG. **10** 161 Nr. 144, R. **09** Nr. 1927 (BayObLG.). Auf die ohne Mitwirkung des Pflegers eingelegte Beschwerde einer wegen Querulantenwahns unter Pflegschaft gestellten Person ist mangels Wirksamkeit zu beschließen, daß sie „nicht zu berücksichtigen ist".

5. OLG. **21** 296 (KG.). Kein Beschwerderecht des an Querulantenwahn Leidenden gegen die Bestellung eines Pflegers.

§ 60. 1. Abs. 1. **a)** Ziff. 1. α. Gimmerthal, ACivPr. **106** 299 ff. Da dem, der als Mitglied des Familienrats berufen, aber übergangen worden ist, die sofortige Beschwerde zusteht, so findet gegen die Übergehung die allgemeine Beschwerde aus § 57 Abs. 2 nicht statt; nach Abs. 2 des § 60 beginnt die Beschwerdefrist für den Beschwerdeführer mit der Kenntnis von seiner Übergehung; hiermit ist außer Zweifel gestellt, daß nur der Übergangene selbst die Beschwerde hat. β. KGJ. **39** 5. Einem als Vormund (Pfleger) Berufenen, an dessen Stelle ein anderer bestellt ist, steht nur die sofortige Beschwerde gegen die Bestellung, nicht aber das Recht zu, noch nach Ablauf der Beschwerdefrist wegen der Übergehung des Berufenen die Entlassung des Bestellten aus dem Amte zu verlangen. Gleichgültig ist, ob das Vormundschaftsgericht absichtlich oder aus Unkenntnis über das Dasein des Berufenen oder über den Berufungsgrund ihn übergangen hat. Einer besonderen Bekanntmachung der Bestellung des anderen an den Übergangenen bedarf es nicht, um die Frist in Gang zu setzen. **b)** Ziff. 3. α. OLG. **21** 293, ElſLothNotZ. **10** 20, ZBlFG. **10** 540 Nr. 490 (Colmar). Ziff. 3 findet auch Anwendung auf die Nachlaßverwaltung, da diese nur eine Art Nachlaßpflegeschaft ist. β. KGJ. **37** 84. Ziff. 3 findet nicht Anwendung bei bloßer Einschränkung des Vormundes; daher unterliegt der Beschluß, durch den ihm die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels entzogen wird, der einfachen Beschwerde. γ. ZBlFG. **10** 761 Nr. 664, R. **10** Nr. 1144 (BayObLG.). Ohne besondere Erklärung in der Beschwerdeschrift ist als Beschwerdeführer gegen die Entlassung eines Pflegers dieser selbst, insbesondere auch wegen des Kostenpunkts, anzusehen. **c)** Ziff. 4. Gimmerthal, ACivPr. **106** 294. Die Beschwerde ist dem Erfolge nach eine Beschwerde gegen die in der Aufhebung des Familienrats liegende Entlassung aller Mitglieder; sie wird der Entlassung eines einzelnen Familienratsmitglieds an die Seite gestellt.

2. Abs. 2. Unger, BuschsZ. **39** 44. Dem Beschwerdeführer liegt nicht nur die Angabe der Tatsachen, aus denen sich die Wahrung der Frist ergibt, sondern auch die Beweisantretung über diese Tatsachen ob.

§ 61. Sieber, KritVJSchr. **49** 63. Konvaleſziert ein Rechtsgeschäft des Volljährigen, der unter vorläufige Vormundschaft gestellt worden ist, mit der Aufhebung der Vormundschaft durch das Beschwerdegericht, so handelt es sich nur um ex nunc Wirkung, weil der anfechtbare Beschluß von vornherein nur eine geschwächte Wirksamkeit hatte, und weil deshalb dem unter vorläufige Vormundschaft Gestellten die Fähigkeit zu Geschäften mit Wirksamkeit für den Fall der Anfechtung oder Aufhebung auch in der Zwischenzeit niemals entzogen war (gegen Hellwig, s. JDR. **7** 1003 zu § 32).

§ 62 (mit § 55). 1. KGJ. **38** 57. Die vom Vormundschaftsgerichte bewirkte Zustellung der Genehmigungsverfügung an einen anderen als den Vormund ist rechtlich belanglos (§ 1828), ebenso belanglos ist die vom Vormund einem anderen als seinem Vertragsgenossen gemachte Mitteilung (§§ 1829, 1831). Vgl. zu § 20 unter II k.

2. KGJ. **38** 63, OLG. **21** 291 Nr. 13 g. Die Mitteilung des Vormundes von der Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung ist nur dann erheblich, wenn sie sich nicht als bloße Kenntnisgabe von einer Tatsache, sondern als eine Willenserklärung (einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft) darstellt, die der Vormund, insbesondere bei verweigerter Genehmigung, in dem Sinne abgibt, daß er die Verfügung des Vormundschaftsgerichts als endgültige, für ihn die Sache erledigende betrachte. Nur unter dieser Voraussetzung hat die Mitteilung die Wirkung, daß die Verfügung des Vormundschaftsgerichts weder von diesem noch von dem Beschwerdegerichte geändert werden kann.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

§ 69. v. Horix, BayRpflZ. **09** 106. Für die (nicht-diplomatische) Beglaubigung standesamtlicher Registerauszüge, die für den gewöhnlichen Gebrauch in Österreich bestimmt sind, sind in Bayern die Amtsgerichte zuständig (vgl. Vertrag vom 25. Februar 1880, RGBl. **81** 4).

§ 70. Literatur: Josef, Beschwerde gegen die Berichtigungs-Anordnung nach erfolgter Berichtigung des Standesregisters, BayRpflZ. **10** 302.

Rechtslehre. a) KGJ. **37** 105, RJA. **10** 104, ZBlFG. **10** 470, R. **10** Nr. 265. Gegen die Berichtigung einer Eintragung im Standesregister findet, auch wenn sie unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt ist, die Beschwerde mit dem Ziele, den Berichtigungsvermerk zur Löschung zu bringen, nicht statt. Vielmehr ist zur Beseitigung des Berichtigungsvermerkes ein neues Berichtigungsverfahren erforderlich, das die Berichtigung in umgekehrter Richtung bezweckt. b) Dagegen *Josef, BayRpflZ. **10** 302. Hat das Amtsgericht die Berichtigung des Standesregisters angeordnet und ist diese, weil das Gericht die Anordnung für rechtskräftig ansah, erfolgt, ist aber im Berichtigungsverfahren ein Beteiligter nicht zugezogen, ihm gegenüber also die Anordnung nicht rechtskräftig geworden, so kann er noch nachträglich die irrigerweise vom Gerichte für rechtskräftig angesehene Anordnung durch Beschwerde anfechten. Das Beschwerdegericht hat dann die Beschwerde sachlich zu prüfen und wenn es die Berichtigungsanordnung für unbegründet erachtet, sie aufzuheben, wonächst das Standesamt bei der berichtigten Eintragung einen neuen Vermerk einzutragen hat, daß die Berichtigung beseitigt sei. Dieser Erfolg der Beschwerde ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Zwar gilt der Berichtigungsvermerk als ein Teil der ursprünglichen Eintragung und diese kann nur im Wege des Berichtigungsverfahrens beseitigt werden; daraus folgt aber nicht, daß der Berichtigungsvermerk auch wieder nur im Wege des neuen Berichtigungsverfahrens angefochten werden könnte. Denn wo das FGG. eine Beschwerde mit Rücksicht auf die materielle Rechtseinrichtung ausschließen will, bringt es dies auch zum Ausdrucke (vgl. §§ 68 Abs. 1, 84, 122); da dies hier nicht geschehen, verbleibt es bei dem allgemeinen Grundsatze, daß jeder durch eine Verfügung Beeinträchtigte durch Beschwerde ihre Beseitigung verlangen kann. c) OLG. **20** 23, HansGZ. **09** Beibl. 125, ZBlFG. **10** 52 Nr. 78, **RG.** JW. **09** 736, KGJ. **39** 41 (Hamburg). Bedeutung der Rechtskraft des Berichtigungsbeschlusses; s. zu § 18 unter **1 c, d, e.** **d)** SeuffBl. **10** 146, R. **09** Nr. 3616 (BayObLG.). Beschwerderecht zur Berichtigung des eigenen Namens und des der Verwandten; s. zu § 20 unter III. **e)** SeuffBl. **10** 146, ZBlFG. **10** 416 Nr. 379 b R. **09** Nr. 3617, (BayObLG.). Das Berichtigungsverfahren hinsichtlich eines Familiennamens wird durch ein Gesuch um landesherrliche Bewilligung der beanstandeten Namensführung nicht gehemmt. **f)** KGJ.

37 101 u. 39 49, sowie R. **09** Nr. 2192 (Colmar). Amtswegige Ermittelungspflicht und Beweispflicht der Beteiligten; s. zu § 12 unter II 3 a, b. **g)** KGJ. **39** 42. Jede Berichtigung einer Eintragung im Standesregister muß zu einem positiven Ergebnisse führen. Der Wegfall eines Berichtigungsvermerks darf nicht in dem Sinne angeordnet werden, daß damit die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des ursprünglichen Registerinhalts ins ungewisse gestellt wird. **h)** Beschwerderecht in Personenstandsangelegenheiten im allgemeinen, s. zu § 20 unter III.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

Literatur: Josef, Erteilung des Erbscheins nach ausländischen Erblassern, Bay. NotZ. **09** 474.

§ 73. a) OLG. **17** 360 (Colmar). Wohnsitz Entmündigter; s. JDR. **7** zu § 7 BGB. unter 4 b. — Dagegen *Josef, R. **10** 441. Nachlaßgericht ist nicht das Gericht am Sitze der Heilanstalt. Denn die bloße Tatsache, daß die Frau als Vormünderin dem Geisteskranken den Aufenthalt in einer Anstalt lebenslänglich anweist, weist nicht auf den Willen der Frau, dort für den Entmündigten den Wohnsitz zu bestimmen. Bei der entgegengesetzten Ansicht des OLG. Colmar müßte in solchem Falle die Frau gleichfalls (§ 10) ihren Wohnsitz am Orte der Anstalt erwerben, obwohl sie diesen Ort vielleicht niemals gesehen hat, und der Ort der Anstalt würde Wohnsitz des Mannes auch dann werden, wenn er am bisherigen Wohnsitz ein Geschäft oder Gewerbe hat, das vom Vormund oder von Dritten für den Entmündigten weiter betrieben wird. **b)** R. **09** Nr. 3025 (BayObLG.). Wohnsitz einer Kellnerin; s. zu § 36 unter 4. **c)** OLG. **21** 49, ElsLothNotZ. **09** 330, ZBlFG. **10** 350 Nr. 311 (Colmar). Tritt eine Veränderung in den Grenzen einzelner Amtsgerichtsbezirke ein, so ist für die örtliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts nicht diejenige Organisation maßgebend, die zur Zeit des Erbfalls bestand, sondern die zur Zeit der Anrufung des Gerichts bestehende (JDR. **5** zu § 73 II c). **d)** *Josef, BayNotZ. **09** 474. Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts zu Verrichtungen, wenn der Erblasser ein Ausländer war; s. JDR. **8** 565 C. **e)** RG. **71** 383. Kommt das als Nachlaßgericht angegangene Amtsgericht zu dem Ergebnisse, keine der Voraussetzungen des § 73 für gegeben zu halten, so kann es zwar die Erklärung, deren Beurkundung verlangt wird, als Beurkundungsgericht (§ 167) zu Protokoll nehmen, darf sie aber nicht auch als Nachlaßgericht entgegennehmen und sie in keinem Falle, ohne sich von seiner örtlichen Zuständigkeit überzeugt zu haben, ohne weiteres bei sich behalten. **f)** *Hörle, ZBlFG. **9** 719. Die Sicherung im Inlande befindlicher Nachlässe von Ausländern ist nur zulässig, wenn die Nachlaßbehandlung nach den von dem Deutschen Reiche oder von den einzelnen Bundesstaaten mit den fremdländischen Staaten geschlossenen Staatsverträgen nicht einer besonderen Behörde, z. B. dem ausländischen Konsul, übertragen ist.

§§ 74, 75. S. oben zu 46 unter 2 a.

§ 76. 1. Kein Beschwerderecht des Vermächtnisnehmers gegen die auf Antrag der Erben des Beschwerten verfügte Nachlaßverwaltung: JDR. **7** Ziff. e, Bay. ObLG. **9** 341.

2. SeuffBl. **10** 752, R. **10** Nr. 4165 (KG.). Gegen die gesetzwidrige Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Antrag eines einzelnen Miterben steht den übrigen Miterben die einfache Beschwerde zu, sofern sie nicht wenigstens nachträglich zugestimmt haben.

3. *Josef, ZBlFG. **11** 612. Erhebt der Erbe gegen die Anordnung der Nachlaßverwaltung Beschwerde, so macht er geltend, die Verwaltung sei zu Unrecht angeordnet, sie habe bei richtiger Würdigung der Sachlage gar nicht angeordnet werden dürfen; diese Frage soll nach dem Zwecke des § 76 Abs. 2 alsbald rechtskräftig festgestellt sein. Daher darf das Beschwerdegericht bei Entscheidung

dieser Frage nach der Rechtmäßigkeit der Anordnung nicht Tatsachen berücksichtigen, die den Antrag auf nachträgliche Aufhebung der Verwaltung wegen veränderter Umstände begründen. Denn diese Aufhebung ist eine Angelegenheit von ganz anderer rechtlicher Bedeutung als die Anordnung.

§ 77. *Josef, BuschsZ. **40** 309. Die Rechtsansicht des Nachlaßgerichts, die es im Verfahren betreffs Bestimmung der Inventarfrist über die Rechtsgültigkeit der erfolgten Aufforderung zur Einreichung und über die Gesetzlichkeit des eingereichten Inventars betätigt, ist für das Prozeßgericht, das später über die Haftung des Erben zu entscheiden hat, nicht bindend.

§ 81. *Josef, ZBlFG. **10** 371. Der Vollstrecker ist stets „gegen seinen Willen" entlassen, wofern er nicht durch Erklärung vor dem Nachlaßgerichte sein Amt kündigt (§ 2226); also kommt Abs. 2 auch dann zur Anwendung, wenn der Vollstrecker sich mit dem Erlasse der richterlichen Verfügung, die seine Entlassung ausspricht, einverstanden erklärt hatte. Mit dem Zwecke der sofortigen Beschwerde (Schaffung fester Rechtsverhältnisse) wäre es unvereinbar, wenn der Vollstrecker beliebig später noch die Entlassung durch Beschwerde sollte anfechten können.

§ 84. 1. OLG. **21** 359 (KG.). Das Testamentsvollstreckerzeugnis kann nur, wenn es sich als unrichtig erweist, für kraftlos erklärt werden; mit der Beendigung des Amtes wird es von selbst kraftlos, womit die Zulässigkeit der Kraftloserklärung wegfällt.

2. *Josef, R. **11** 135 (gegen Rost, DJZ. **10** 1231). Der § 84 geht davon aus, daß den Vorschriften des BGB. über die Kraftloserklärung des Erbscheins auch die in Satz 2 erwähnten Zeugnisse unterliegen, da sie — wenn auch nur in gewissen Beziehungen — den Erbschein zu vertreten bestimmt sind. Das BGB., die GBO. und das FGG. sind als ein einheitliches Gesetzgebungswerk anzusehen und da der § 84 von der Zulässigkeit der Kraftloserklärung jener Zeugnisse ausgeht, so ist hiermit zugleich zum Ausdrucke gebracht und bestimmt, daß jene Zeugnisse in bezug auf die Kraftloserklärung dem Erbschein gleichstehen sollen.

§ 86. I. Antragsberechtigung; Entscheidungspflicht. 1. OLG. **21** 49 f., ElsLothJZ. **09** 88, ElsLothNotZ. **09** 82, R. **10** Nr. 3250. Nur der Miterbe, nicht der Pflichtteilsberechtigte ist zum Antrag auf Auseinandersetzung berechtigt. Zu der Frage, ob der Antragsteller auf Grund eines Testaments die eine oder andere Stellung einnimmt, hat das Nachlaßgericht bei der Entscheidung über den Antrag entweder Stellung zu nehmen, indem es entweder den Antragsteller als erbberechtigt zuläßt, oder es hat ihm durch Zwischenverfügung gemäß § 87 Abs. 2 den Nachweis aufzugeben, daß die Streitfrage im Prozeßwege entschieden sei (vgl. JDR. **7** § 87 Ziff. II).

2. ElsLothJZ. **09** 160, ElsLothNotZ. **09** 85 (Colmar). Der Nachweis des Erbrechts kann, wenn dieses bestritten wird, nur im Prozeßwege, nicht durch einen Erbschein erbracht werden.

3. ElsLothZ. **10** 25, ZBlFG. **10** 655 Nr. 584, DJZ. **10** 375 (Colmar). Das Verfahren der Auseinandersetzung ist ein solches der FG. Ist die Antragsberechtigung bestritten, so kann zwar das Nachlaßgericht sie mittelbar anerkennen und die Auseinandersetzung einleiten; diese Verfügung erlangt jedoch keine Rechtskraft und es hat daher über die Berechtigung das Prozeßgericht selbständig zu entscheiden. Auch der noch nicht verkaufsberechtigte (§ 1228² BGB.) Pfandgläubiger ist zur Antragstellung auf Vermittelung der Auseinandersetzung befugt; nicht aber kann er die letztere gegen den Willen der außer seinem Schuldner Beteiligten, also im Prozeßwege herbeiführen. Gläubiger mit nur vorläufig vollstreckbarem Titel können die Aufhebung der Gemeinschaft, in der sich ihr Schuldner befindet, auch prozeßrechtlich unter der Voraussetzung verlangen, daß der Anteil des letzteren ihnen überwiesen ist.

Das durch die Arrestpfändung entstehende Pfandrecht gewährt kein Recht zur Verwertung, sondern nur zur Sicherung. Schon die Herbeiführung der Auseinandersetzung, geschweige denn deren prozeßrechtliche Erzwingung würde darüber hinausgehen. Das Recht des Arrestgläubigers ist dadurch gewahrt, daß eine Auseinandersetzung unter den Teilhabern mit Wirksamkeit ihm gegenüber nicht stattfinden kann, wenn er nicht zugezogen wird.

4. HessRspr. **10** 180, ZBlFG. **10** 656 Nr. 585 (LG. Gießen). Einer Überweisung zur Einziehung bedarf der Pfandgläubiger zum Auseinandersetzungsantrage nicht.

5. BadRpr. **10** 14, ZBlFG. **10** 539 Nr. 485 (Karlsruhe). Bei Pfändung eines Anteils eines Miterben am Nachlasse sind die anderen Miterben als Drittschuldner zu betrachten. Die ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers erfolgte Auseinandersetzung ist ihm gegenüber unwirksam.

6. WürttZ. **52** 142, ZBlFG. **10** 764 Nr. 679 (LG. Rottweil). Wer auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels (einstweilige Verfügung) den Erbteil eines Miterben hat pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, kann trotz des testamentarischen Verbots der Erbauseinandersetzung gemäß §§ 2044[1], 751[2] BGB. die Auseinandersetzung verlangen. Daran wird auch durch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers nichts geändert (§ 2204 BGB.). Ist der Testamentsvollstrecker Miterbe, so ist die Auseinandersetzung nicht von ihm, sondern vom Nachlaßgerichte vorzunehmen, falls nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser das Gegenteil gewollt hat.

7. **RG. 74** 51, JW. **10** 755 Nr. 18. Ist eine Ehefrau Miterbin und Alleinschuldnerin, so genügt die Zustellung der Pfändung an die Frau, eine Zustellung an den Mann ist nicht erforderlich.

8. PosMSchr. **11** 41, ZBlFG. **10** 763 Nr. 678 (KG.). Bei der Auseinandersetzung ist nicht auch der Verkäufer des Erbteils zu hören. Das ihm verbliebene Miterbenrecht ist nicht das Recht auf einen bestimmten Anteil am Nachlasse; diese Mitberechtigung aber, und nicht das Erbrecht als solches ist für die Zuziehung im Auseinandersetzungsverfahren maßgebend.

9. HessRspr. **10** 141, ZBlFG. **10** 539 Nr. 484 (LG. Gießen). Daß das Vorhandensein einer Teilungsmasse Voraussetzung und Erfordernis des nachlaßgerichtlichen Auseinandersetzungsverfahrens sei, ist weder im Gesetze gesagt, noch folgt es aus § 87 FGG. Der Antrag braucht den Nachlaß nur nach Name und Wohnort des Erblassers zu bezeichnen. Vorhandene Streitpunkte soll der Nachlaßrichter gerade zu beseitigen suchen.

II. Wesen und Wirkung der erfolgten Auseinandersetzung (JDR. **7** 1015 unter II). 1. **RG.** R. **10** Nr. 1761. Ist bei der Auseinandersetzung ein verhältnismäßig nicht bedeutendes Aktivum zur Deckung von Rentenvermächtnissen ungeteilt geblieben, so kann dennoch durch die Auseinandersetzung das Gesamtschuldverhältnis der Erben endgültig beseitigt sein, so daß an jenem Aktivum nur Bruchteilseigentum der Miterben besteht.

2. R. **09** Nr. 2007 (Colmar). Die unvollständige Teilung eines Nachlasses ist zulässig und möglich. Eine solche kann zwar, muß aber nicht notwendig eine Bruchteilsgemeinschaft bezüglich der ungeteilt gebliebenen Gegenstände zur Folge haben. Vielmehr ist die Absicht der Beteiligten dafür entscheidend, ob die Erbengemeinschaft bestehen bleibt oder Bruchteilsgemeinschaft eintritt.

3. OLG. **21** 316, ElsLothNotZ. **09** 310, ZBlFG. **10** 350 Nr. 309 (Colmar). Zulässig ist bei einer Erbteilung eine Vereinbarung, nach der einzelne Grundstücke ungeteilt unter den Erben im Gesamthandverhältnisse verbleiben. Eine solche Vereinbarung kann aber nur unter allen Erben geschlossen werden. Werden einzelne Grundstücke nicht allen, sondern einzelnen Erben zugewiesen, so besteht unter diesen nicht mehr Erbengemeinschaft.

4. ZBlFG. **11** 283 (LG. Karlsruhe). Bei teilweiser Auseinandersetzung mit einem oder mehreren Miterben können die übrigen Miterben an einem oder mehreren Nachlaßgegenständen in Gemeinschaft zur gesamten Hand bleiben; es ist also insoweit nicht nur Miteigentum nach Bruchteilen möglich [GrundbS.].

5. ElsLothNotZ. **10** 26, ZBlFG. **10** 538 Nr. 483 (Colmar). Zulässig ist sowohl eine subjektiv wie eine objektiv beschränkte Erbteilung. Bezüglich der nicht verteilten Gegenstände bleibt die bisherige Gemeinschaft bestehen. Dies gilt nicht nur bei der Zuteilung einzelner Grundstücke, sondern auch bei der Zuteilung einzelner Teile eines teilbaren Grundstücks, soweit nicht gesetzliche Vorschriften (z. B. Art. 189, 1 Satz 3 ElsLothEGBGB., Stockwerkseigentum betr.) entgegenstehen.

§ 87. 1. Unger, BuschsZ. **39** 65. Die Verletzung der Sollvorschrift gibt dem Geladenen die Beschwerde gegen die Anordnung der Auseinandersetzung, nicht aber gegen den Bestätigungsbeschluß (§ 96). Ebenso Josef, ZBlFG. **11** 606.

2. HessRspr. **10** 141, ZBlFG. **10** 539 Nr. 484 (LG. Gießen); s. zu § 86 II 9.

§ 88. 1. *Hörle, ZBlFG. **9** 713. Die Abwesenheitspflegschaft darf erst angeordnet werden, wenn u. a. festgestellt ist, daß der Erbe die Erbschaft angenommen hat.

2. OLG. **21** 297 (KG.). Die Pflegschaft kann auch eingeleitet werden, wenn der Aufenthalt des Abwesenden bekannt, er aber an der Rückkehr und Besorgung seiner Angelegenheiten behindert ist.

3. Runkel-Langsdorff, BadRpr. **10** 250. Findet vor dem badischen Notariat eine Auseinandersetzung nicht in den Formen der §§ 86 ff., sondern im Wege einfacher Beurkundung statt, so steht dem Notariat die Pflegerbestellung nicht zu; es muß sie hier beim Vormundschaftsgerichte beantragen (JDR. **3** 2, 231).

4. *Josef, BayNotZ. **11** 17 (21). Die Befugnis des Nachlaßgerichts zur Pflegerbestellung besteht nicht, wenn es ersieht, daß die Todeserklärung des Abwesenden zulässig ist. Denn die Vermutung für das Fortleben des Abwesenden ist nach § 19 BGB. nur bis zum Ablaufe des nachrichtenlosen Zeitraums gegeben; es fehlt also an jedem Anhalte dafür, daß der Abwesende noch jetzt am Leben ist, also auch dafür, daß er *noch jetzt* unbekannt abwesend ist. Vgl. auch Haberstumpf, eb. 21.

§ 92. HessRspr. **11** 99, ZBlFG. **11** 372 Nr. 283 (Darmstadt). Verschuldete Rechtsunkenntnis ist kein entschuldbares Hindernis; keine Belehrungspflicht des Auseinandersetzungsnotars.

§ 93. 1. *Josef, BuschsZ. **40** 309. Wirkung der Bestätigung; wie in Bad. NotZ. **07** 2; s. JDR. **7** zu § 93.

2. Schneidler, WürttZ. **51** 258. Die Beteiligten können nicht auf die Bestätigung der Auseinandersetzung verzichten. — Dagegen Burth, eb. **52** 1, 65, 100.

3. BayNotZ. **11** 32, BayRpflZ. **11** 91, R. **11** Nr. 608 (BayObLG.). Die Nichtigkeit einer Auseinandersetzung wegen Unmöglichkeit (§ 306 BGB.) zufolge anderweitiger Versteigerung der Masse bemißt sich nach dem Tage der Auseinandersetzungsverhandlung, nicht der nachträglichen Zustimmung Abwesender. Ist diese durch Versäumnisverfahren ergänzt, so wirkt sie zurück auf den Zeitpunkt der Auseinandersetzung, die so zu behandeln ist, als ob sie schon zur Zeit ihrer Vornahme wirksam geschlossen wäre.

§ 95. *Josef, LeipzZ. **10** 386. Bringt ein Beteiligter das Urteil des Prozeßgerichts herbei, durch das die Streitpunkte erledigt sind, so steht dem Nachlaßgericht eine Prüfung der Richtigkeit des Urteils nicht zu. Dagegen hat das Nachlaßgericht, wenn es weiß, daß der Beteiligte noch im Konkurs ist, die Fortsetzung des Verfahrens abzulehnen, da nur der Konkursverwalter berechtigt ist, von dem Urteile Gebrauch zu machen. Vgl. u. zu § 127 Ziff. 1.

§ 96. 1. *Unger, BuschsZ. **39** 50. Der Beschwerdeführer kann die Beschwerde nicht nur auf die ihm gegenüber erfolgten Verfahrensverletzungen stützen; sein Recht kann vielmehr unter Umständen auch dann beeinträchtigt sein, wenn die Verfahrensverletzung die Rechte anderer Beteiligter betrifft.

2. Vgl. zu § 87 unter 1.

3. *Josef, ZBlFG. **11** 604. Die Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß kann darauf gegründet werden, daß das Gericht diejenigen dem materiellen Rechte angehörenden Vorschriften nicht beobachtet habe, die jede Behörde in ihrem Verfahren zu befolgen verpflichtet ist, um die Rechtsbeständigkeit der vor ihr abgegebenen Erklärungen und damit ihres auf diese Erklärungen sich gründenden weiteren Verfahrens zu sichern, so z. B. wenn der Inhalt der Auseinandersetzung einem Verbotsgesetze widerstreitet; denn eine solche Auseinandersetzung ist nach den §§ 134, 138, 139 BGB. nichtig. Die Beschwerde ist nicht gegeben, wenn die Verletzung der Verfahrensvorschrift auf den Bestätigungsbeschluß offensichtlich keinen Einfluß gehabt haben kann. Sind die Verfahrensvorschriften nicht gegenüber dem Beschwerdeführer, sondern gegenüber einem anderen Beteiligten verletzt, so kann hierauf die Beschwerde gegründet werden, wenn durch jene Verletzung die Richtigkeit und der innere Bestand der ganzen Auseinandersetzung beeinträchtigt wird, so z. B. wenn ein Beteiligter zum Verfahren nicht zugezogen ist. Auf innere Mängel der abgegebenen Erklärungen (z. B. tatsächliche Geisteskrankheit) kann die Beschwerde nicht gestützt werden; vielmehr ist eine solche Nichtigkeit der Auseinandersetzung durch Klage geltend zu machen.

§ 97. R. **11** Nr. 609 (BayObLG.). Über die Anfechtung einer rechtskräftig bestätigten Auseinandersetzung hat im Streitfalle nicht das Nachlaßgericht, sondern das Prozeßgericht zu entscheiden.

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

§ 101. KGJ. **38** 186, RJA. **10** 122, ZBlFG. **10** 483. Unzulässig ist die Eintragung des Schiffspfandrechts mit dem Vermerke, daß sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe und diese gegen den jeweiligen Eigentümer oder Eigenbesitzer statthaft sein solle. — Ebenso (mit zum Teil anderer, selbständiger und erweiterter Begründung) Gravenhorst, GruchotsBeitr. **54** 798.

§§ 102, 105. OLG. **18** 188 v (Hamburg). Der Anspruch auf Berichtigung des Schiffsregisters durch Löschung nicht bestehender Schiffspfandrechte geht nur gegen den zu Unrecht Eingetragenen, nicht gegen seinen Rechtsnachfolger. Einen gutgläubigen Schiffspfanderwerb gibt es nicht (§§ 1260, 1263 BGB.).

§ 107. 1. LeipzZ. **11** 52 (LG. Schwerin). Die im Auslande nach dortigem Rechte vollzogene Zwangsversteigerung eines im Inland eingetragenen Schiffes bewirkt das Erlöschen aller Schiffspfandrechte, wenn das Auslandsrecht diese Folge an den Zwangsverkauf knüpft; das deutsche Registergericht hat danach die Löschungen zu bewirken.

2. *Unger, BuschsZ. **39** 92 ff. Der Paragraph enthält nur eine Beweisregel, nämlich das Verbot, tatsächliche Feststellungen auf Grund anderer als gewisser Arten von Erkenntnismitteln zu treffen; im übrigen gilt auch für Schiffsregistersachen die Untersuchungsmaxime, wie sie für andere Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit im § 12 FGG. zum Ausdrucke gelangt ist.

§ 109. *Unger, BuschsZ. **38** 544. Die Vorschrift erstreckt sich nicht auf die Zurücknahme der gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags erhobenen Beschwerde.

§ 111. Abs. 1. **RG. 74** 409, JW. **11** 160 Nr. 26, KGJ. **38** 186, RJA. **10** 122, ZBlFG. **10** 483. Das Registergericht hat zwar grundsätzlich den als Eigentümer Ein-

getragenen als den wahren Eigentümer anzusehen; aber die Vermutung der §§ 891, 892, 1148 BGB. besteht für Schiffspfandrechte nicht.

§ 123. * Unger, BuschsZ. **38** 538. Der Oberrichter darf die einstweilige Anordnung schon vor dem Eintritte der Devolutivwirkung der Beschwerde treffen. — Die einstweilige Anordnung kann vom Beschwerdegerichte selbst abgeändert, sie kann aber nicht durch Rechtsmittel angefochten werden. — Die einstweilige Anordnung ist eine der Bekanntmachung an die Beteiligten bedürfende Verfügung. — * Unger, BuschsZ. **38** 541. Andere einstweilige Anordnungen, als die der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs, kann das Beschwerdegericht nicht treffen.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

§ 125. Vgl. zu § 30.

§ 126. 1. OLG. **21** 50, R. **10** Nr. 3241 (KG.). Kein Beschwerderecht der HK. gegen Beschlüsse des Registergerichts darüber, ob jemand eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht (JDR. **7** zu § 126.).

2. * Josef, ZBlFG. **9** 487. In der von der HK. dem Registergericht auf dessen Anfrage erteilten Auskunft, daß eine Eintragung unzulässig erscheine, liegt zugleich der stillschweigende Antrag auf Zurückweisung des Eintragungsantrags; daher Beschwerderecht der HK. gegen die dennoch erfolgte Eintragung (JDR. **5** 1015).

§ 127. 1. * Josef, LeipzZ. **10** 384. Das Registergericht hat die Klage auch dann als rechtswirksam erhoben anzusehen, wenn sie vom Gemeinschuldner erhoben ist; denn dem Registergerichte steht eine Prüfung der Begründetheit, also auch der Frage, ob der Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter zur Klagerhebung befugt ist, nicht zu. Vgl. zu § 95.

2. Abgrenzung des Verweisungsrechts von der amtswegigen Ermittelungspflicht; s. zu § 12 II 3 c, d.

§ 128. * Josef, HoldheimsMSchr. **10** 208. Das FGG. hat keine besondere Vorschrift für die Form der Beschwerdeerklärung, wenn das Registergericht die angemeldete Eintragung abgelehnt hat. Folglich kann, da der Grund für die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtsschreibers des Registergerichts nicht zutrifft, die Beschwerde nach §§ 11, 21 Abs. 2 zu Protokoll des Gerichtschreibers jedes beliebigen Amtsgerichts erklärt werden.

§§ 132—140. Ordnungsstrafverfahren. Rechtslehre. * Josef, Zur Auslegung des § 132 Abs. 2 FGG. in HoldheimsMSchr. **10** 83. — Derselbe, Die Unterlassung der Straffestsetzung im Ordnungsstrafverfahren, eb. 130.

§§ 132 ff. 1. KGJ. **37** 182 unter b. Rechtskraft der im Ordnungsstrafverfahren ergehenden Entscheidungen; s. zu § 18 unter 2 b.

2. * Josef, LeipzZ. **09** 832. Verfällt der Pflichtige im Laufe des Ordnungsstrafverfahrens in Konkurs, so ist das Verfahren einzustellen; denn seine Voraussetzung ist, daß der Pflichtige Kaufmann ist, der Gemeinschuldner hat aber mit der Konkurseröffnung aufgehört, ein Handelsgewerbe zu betreiben.

§ 132. 1. KGJ. **37** 177. a) Stehen für ein einheitliches Handelsgeschäft im Handelsregister zwei Firmen eingetragen, die beide an sich zu Recht eingetragen waren (z. B. Vereinigung zweier bis dahin selbständiger Geschäfte), so kann der Inhaber angehalten werden, nach seiner Wahl die eine oder die andere Firma zur Löschung anzumelden; er kann aber auch noch nach Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens sein Geschäft wieder in zwei selbständige Geschäfte mit je einer der beiden Firmen zerlegen. b) Die angedrohte Strafe muß ziffermäßig bestimmt sein (vgl. JDR. **5** zu § 132 II 2 b).

2. KGJ. **37** 188, RJA. **9** 250, ZBlFG. **9** 559. a) Weist das Beschwerdegericht das Amtsgericht zur Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens an, so steht dem Be-

langten hiergegen die weitere Beschwerde nicht zu. (Vgl. hierzu *Josef, Holdheims MSchr. **10** 84; s. oben zu § 19 unter I 1 i.) — b) Fordert das Registergericht einen Beteiligten ohne Einleitung des förmlichen Ordnungsstrafverfahrens (mit oder ohne dessen Androhung) zur Erfüllung seiner Anmeldungspflicht auf, so steht ihm hiergegen die Beschwerde nicht zu. — c) Ist eine Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen eingeschränkt, so fehlt dem Registergericht einer anderen Niederlassung die Zuständigkeit für die Erzwingung einer diese Beschränkung bekundenden Eintragung.

3. *Josef, Holdheims MSchr. **10** 84. § 132 Abs. 2 schließt die Beschwerde gegen die nach Abs. 1 ergangene Verfügung schlechthin und für alle Fälle aus. Der Belangte kann also auch die Behauptung, daß das Ordnungsstrafverfahren als solches unzulässig, oder daß die ihm gemachte Auflage gesetzlich unzulässig sei, nur durch Einspruch geltend machen, und wenn er dies unterläßt, ist gegen die Straffestsetzung nur die sofortige Beschwerde zulässig; denn die, sei es auch ungesetzliche Straffestsetzung ist wirksam geworden und fällt folglich unter § 139.

4. RJA. **10** 205, ZBlFG. **11** 111 (KG.). Das Ordnungsstrafverfahren findet nicht statt, um die Berichtigung des Registers dadurch zu bewirken, daß auf Antrag des Verpächters der Pächter als Firmeninhaber gelöscht werde. Vgl. zu § 12 II 3 c.

5. ZBlFG. **11** 326 (Dresden). Die Verfügung, durch die gegenüber einer Anmeldung zum Handelsregister eine Frist zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses bestimmt und bei fruchtlosem Ablaufe der Frist die Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens lediglich in Aussicht gestellt (die Strafe also noch nicht angedroht) ist, unterliegt der Beschwerde.

6. R. **10** 355 (PrOVG.). Verhältnis von polizeilichem Einschreiten und Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts.

§ 133. 1. *Josef, Holdheims MSchr. **10** 85. Der Einspruch, der nicht innerhalb der Frist erhoben ist, ist nicht zu beachten, die Strafe also festzusetzen. Danach kann das Gericht nicht seine fristsetzende Verfügung nachträglich ändern, also nicht die Frist als verlängert ansehen und somit nicht den Einspruch als rechtzeitig behandeln. (Gegen Marcus, JDR. **7** zu § 133.)

2. Marcus, ZBlFG. **10** 727. Die Festsetzung der Strafe kann unterbleiben, wenn Einspruch nicht oder nicht rechtzeitig eingelegt, wohl aber die unter Strafandrohung geforderte Pflicht erfüllt wurde vor Erlaß der im § 133 Abs. 1 vorgesehenen neuen Verfügung. — Dagegen *Josef, Holdheims MSchr. **10** 131. In solchem Falle hat das Gericht die Strafe festzusetzen; denn wenn auch die Handlung, weil inzwischen erfolgt, nicht erzwungen zu werden braucht, so ist doch der Ungehorsam zu ahnden, der darin liegt, daß der Pflichtige nicht rechtzeitig der gesetzlichen Pflicht genügt hat. Das ergibt der Wortlaut der §§ 132, 133 (die bei Vermeidung der Strafe eine fristmäßige Erfüllung verlangen) und die Entstehung des Gesetzes. Insoweit aber die strafandrohende Verfügung (§ 132) ungerechtfertigt war (z. B. weil sie wegen undeutlicher Fassung vom Pflichtigen schuldlos mißverstanden war oder die darin gestellte Frist nach den persönlichen Verhältnissen des Pflichtigen zu kurz bemessen war), hat sie das Gericht nach § 18 Abs. 1 nachträglich aufzuheben, womit die Straffestsetzung sich erledigt.

3. Marcus, R. **10** 663. Erörterungen de lege ferenda.

4. SächsOLG. **30** 476, ZBlFG. **11** 373 Nr. 292 (Dresden). Bei Anmeldung der Firma nach Ablauf der bestimmten Frist, aber vor Festsetzung der Strafe, kann diese nicht noch nachträglich festgesetzt werden. Vgl. dagegen Josef, oben 2.

§ 135. 1. *Josef, Holdheims MSchr. **10** 130. Im Ordnungsstrafverfahren besteht keine Wahrheitspflicht des Belangten; folglich wird dadurch allein, daß er dem Gericht unrichtige Angaben gemacht hat, die Befugnis des Gerichts nicht ausge-

schlossen, von der Straffestsetzung abzusehen, wenn sonstige Umstände diesen Erlaß rechtfertigen (gegen Marcus, ZBlFG. **10** 727).

2. HoldheimsMSchr. **10** 291 (KG.) (nach Marcus). Hat das Registergericht von seiner Befugnis zur Aufhebung oder Minderung der Straffestsetzung keinen Gebrauch gemacht, so liegt dem Beschwerdegerichte hierüber keine Nachprüfung ob.

§ 136. S. zu § 135.

§ 139. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 84; s. zu § 132 unter 3.

2. Marcus, R. **10** 663. Die Beschränkung des Abs. 2 greift nicht Platz, soweit die Nachprüfung der Straffestsetzung hinsichtlich der Höhe der Strafe in Frage kommt. Diese hat, da das Gesetz kein Mindestmaß kennt, der Beschwerderichter in allen Fällen in der Hand, auch ohne den Fall, daß die Straffestsetzung auf Einspruchsverfahren i. S. §§ 135 Abs. 2 Satz 2 und 136 erfolgt ist.

§ 140. Ordnungsstrafverfahren wegen Firmenmißbrauchs. Rechtslehre. *Josef, Firmenmißbrauch im Konkurse, LeipzZ. **10** 534. 1. KGJ. **37** 182, RJA. **10** 35, ZBlFG. **10** 90. Führt der Firmeninhaber die ihm zustehende Firma in unzulässiger (abgekürzter oder erweiterter) Fassung, so darf in der Strafandrohungsverfügung ihm nicht aufgegeben werden, die Firma allein in der ihm zustehenden Form zu führen (Gebot), sondern nur, sich des Gebrauchs der Firma in einer oder auch in mehreren bestimmten genau zu bezeichnenden Fassungen zu enthalten (Verbot).

2. LeipzZ. **09** 791, R. **09** Nr. 1928 (BayObLG.). Eine geringfügige Abweichung der Verfügung vom Wortlaute des § 140 Ziff. 1 ist unschädlich.

3. ZBlFG. **10** 256 (BayObLG.), ferner LeipzZ. **09** 789. § 140 findet auch bei abgekürzter Firmenführung Anwendung.

4. LeipzZ. **09** 703 (Dresden) (unter Aufgabe der früheren Ansicht). § 140 findet auch Anwendung gegen Minderkaufleute; schon JDR. **8** 599.

5. OLG. **19** 272 1 (KG.). Der § 103 PrGKG. gilt auch im Verfahren des § 140.

6. ZBlFG. **10** 691, BayRpflZ. **10** 199, SeuffBl. **10** 429, LeipzZ. **09** 789, ZBlFG. **10** 263 Nr. 247 (BayObLG.). Die Beschwerde gegen die Festsetzung der angedrohten Strafe kann nicht auf Gründe gestützt werden, für deren Geltendmachung der Einspruch gegen die androhende Verfügung gegeben ist, wohl aber darauf, daß das dem Straffestsetzungsbeschlusse vorausgegangene Verfahren an wesentlichen Mängeln leide, daß der Beschwerdeführer dem vorausgegangenen Verbote des Registergerichts nicht zuwidergehandelt habe, oder die festgesetzte Strafe zu hoch gegriffen sei.

7. *Josef, LeipzZ. **10** 534. § 140 erfordert nicht, daß der Belangte ein Kaufmann ist; es genügt, daß ein anderer die Firma unbefugt gebraucht; daher ist, wenn der Mißbrauchende in Konkurs fällt, das Verfahren gegen ihn und den Verwalter, der das Geschäft unter der unbefugten Firma fortführt, zulässig. Auf das einmal eingeleitete Verfahren ist, da die Firma nicht zur Masse gehört, der Konkurs einflußlos und nur die Mitbelangung des Konkursverwalters zu erwägen. Ist das Firmenrecht des Gemeinschuldners beeinträchtigt, so kann das Verfahren vom Gemeinschuldner, wie vom Verwalter angeregt werden.

8. OLG. **21** 368, DJZ. **11** 478 (BayObLG.). Begriff des Gebrauchs der Firma; der etwaige gute Glaube schützt nicht.

§ 141. *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 210. Kein Widerspruchsrecht der Gläubiger gegen die beabsichtigte Löschung und kein Beschwerderecht der Gläubiger gegen die erfolgte Löschung; s. oben zu § 20 V g.

§§ 142—144. Literatur: Josef, Die §§ 18 Abs. 2 und 30 Abs. 1 HGB. als Stütze der Beschwerde gegen die Eintragung einer neuen Firma, in HoldheimsMSchr. 10 129. — Derselbe, Die Beschränkung des Beschwerderechts im amtswegigen

Löschungsverfahren, eb. 85. — Derselbe, Zum Widerspruchs- und Beschwerdeverfahren aus § 141 FGG., eb. 210. — Derselbe, Die Einwirkung der §§ 142, 144 auf das Beschwerderecht des Beeinträchtigten, eb. **11** 14.

Amtswegiges Löschungsverfahren. 1. Voraussetzung. SeuffBl. **09** 34 (BayObLG.). Einer Eintragung, durch die der vorgeschriebenen Anmeldung entsprochen wird, fehlt es nicht deswegen an einer wesentlichen Voraussetzung, weil der Anmeldende die Handlung hätte unterlassen sollen, die ihn zur Anmeldung verpflichtet. (Der Gehilfe hatte dem § 60 HGB. zuwider eine offene HGes. errichtet.)

2. Verhältnis zum Beschwerderecht. a) *Unger, BuschsZ. **39** 48. Die hier geordnete Beschränkung der Gründe, aus denen das Gericht von Amts wegen die Registereintragung löschen darf, ist nicht auch als Beschränkung der Gründe anzusehen, auf welche die Beschwerde gegen die Eintragung gestützt werden kann. **b)** Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 14. Die in den §§ 142, 144 festgesetzte Beschränkung der Befugnis des Registergerichts zur Löschung von Eintragungen bezweckt den Schutz der durch die einmal erfolgte Eintragung geschaffenen Rechtslage; jene Beschränkung findet daher auch Anwendung, wenn ein durch die Eintragung Beeinträchtigter oder wenn die Handelskammer die amtswegige Löschung anregt oder gegen die Eintragung selbst die Beschwerde erhebt. Danach ist die Beschränkung der Gründe, aus denen das Gericht von Amts wegen die Löschung vornehmen darf, auch zugleich anzusehen als eine Beschränkung der Gründe, auf die die Beschwerde gegen die Eintragung gestützt werden kann. Mangels der Voraussetzungen der §§ 142, 144 kann der Beeinträchtigte danach die Löschung nur im Prozeßwege erreichen. **c)** SeuffBl. **09** 469, R. **09** Nr. 1368 (BayObLG.). Auch im Beschwerdewege kann die Löschung einer Firma herbeigeführt werden, wenn die Eintragung mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war und das Recht eines Dritten beeinträchtigt (JDR. 7, I a). **d)** *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 129. Beschwerde gegen die Ablehnung der Einleitung des Verfahrens; s. oben zu § 20 unter V e. **e)** R. **10** Nr. 2052 (BayObLG.). Kein Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde; s. oben zu § 20 unter VI.

3. Verfahren, Beschwerde. **a)** HoldheimsMSchr. **10** 290 (KG.) (nach Marcus). Die Nachricht von der beabsichtigten Löschung ist nur an die GmbH., vertreten durch den Geschäftsführer, zu richten, nicht an alle Gesellschafter. **b)** KGJ. **37** 198, RJA. **10** 13, ZBlFG. **10** 74 (KG.). Das Ermessen des Gerichts entscheidet über das Einschreiten. **c)** KGJ. **37** 194, RJA. **10** 23, ZBlFG. **10** 81. Hat das RegG. abgelehnt, die Löschung zu betreiben und ist es vom LG. zur Einleitung des Verfahrens angewiesen, so findet gegen diese Anweisung die weitere Beschwerde nicht statt. **d)** KGJ. **37** 198. Die Anordnung des Beschwerdegerichts, das Verfahren einzuleiten, ist bindend für das RegG., nicht aber die der Anordnung beigefügte Rechtsausführung. **e)** *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 85. Gegen die Verfügung, durch die das RegG. von der beabsichtigten Löschung benachrichtigt, ist die Beschwerde unzulässig. Denn die amtswegige Löschung, die durch dieses Verfahren ermöglicht werden soll, kann nach § 142 Abs. 3 mit § 141 Abs. 4 nur erfolgen, entweder wenn Widerspruch nicht erhoben oder wenn er rechtskräftig zurückgewiesen ist. Der bloße Umstand, daß die Beschwerde gegen die Benachrichtigung zurückgewiesen ist, würde also die Löschung nicht zulässig machen, und daraus ist zu folgern, daß das Gesetz dem Beteiligten, der die ihm gewordene Benachrichtigung für ungerechtfertigt hält, nur den Rechtsbehelf des Widerspruchs geben will, nicht aber die Beschwerde. — Ist Widerspruch erhoben, aber rechtskräftig zurückgewiesen und demgemäß die Eintragung gelöscht, so kann die Beschwerde gegen die Löschung nicht darauf gestützt werden, daß die gelöschte Eintragung gesetzlich zulässig gewesen sei, wohl aber darauf, daß die Benachrichtigung von der Löschungsabsicht nicht den gesetz-

lichen Vorschriften entsprochen habe oder daß die Löschung in weiterem Umfang erfolgt ist, als im vorangegangenen Verfahren ihre Zulässigkeit festgestellt ist.

§ 143. 1. *Josef, KGBl. **09** 79. Der Abs. 2 will nur die Beschwerde gegen die Anordnung befristen, nicht erst sie ermöglichen; das Gesetz setzt vielmehr stillschweigend den gleichen Instanzenzug auch für die dem Widerspruche stattgebende, also für die die Löschung ablehnende Verfügung voraus, so daß auch eine Verf. letzteren Inhalts durch § 199 Abs. 2 umfaßt wird. Die Beschwerde ist die einfache.

2. LeipzZ. **10** 788, R. **10** Nr. 2059 (BayObLG.). Gegen die Ablehnung einer Löschungsanregung seitens des LG. findet in Bayern die einfache Beschwerde an das ObLG. statt.

§ 144. 1. RJA. **10** 13, ZBlFG. **10** 73 (KG.). Bei einer GmbH. kann ein Verstoß gegen § 18 Abs. 2 HGB., wofern er ein klarer, unzweifelhafter ist, zur Löschung führen. Einfluß mangelnder staatlicher Genehmigung.

2. RJA. **9** 254 (JDR. **7** unter II a), jetzt auch KGJ. **37** 152, ZBlFG. **9** 562.

3. Riesser, LeipzZ. **09** 337. Bei Verletzung der zwingenden Vorschriften des § 182 Abs. 1 HGB. (Errichtung des Gesellschaftsvertrags) tritt mit der Eintragung der AktGes. Heilung der Nichtigkeit ein, so daß die Löschung von Amts wegen ausgeschlossen ist.

4. HoldheimsMSchr. **10** 290 (KG.) (nach Marcus). Ist die dem Beteiligten nach § 144 Abs. 3 gesetzte Frist weniger als drei Monate, so kann er die Einhaltung dieser Frist fordern und dadurch, daß er nicht vor Ablauf von 3 Monaten Widerspruch erhebt, erreichen, daß vorher die angedrohte Löschung nicht verfügt werden kann. Erhebt er aber innerhalb der zu kurz bemessenen Frist Widerspruch, ohne die Einhaltung der dreimonatigen Frist zu beanspruchen, so liegt in dieser vorbehaltlosen Widerspruchserklärung das Einverständnis, daß vor Ablauf der gesetzlichen Frist über den Widerspruch entschieden werde.

§ 145. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **10** 122. Für die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren ist das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig. Dieses kann hierbei nur die Vorschriften des FGG. und zwar insbesondere die über das echte Streitverfahren, anwenden, niemals also jene Tätigkeit durch einstweilige Verfügung nach den Vorschriften der ZPO. bewirken. Denn diese finden im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur Anwendung, soweit dies ausdrücklich vorgesehen ist. Das Prozeßgericht kann die Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren auch nicht durch einstweilige Verfügung bewirken. Denn das für die Erlassung dieser nach § 937 ZPO. zuständige Gericht der Hauptsache ist das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Registergericht kann die Eintragung des von dem hiernach unzuständigen Prozeßgericht ernannten oder abberufenen Liquidatoren nicht ablehnen, da dem Registergerichte die Prüfung der Richtigkeit der Entscheidung des Prozeßgerichts nicht zusteht.

2. Marcus, ZBlFG. **10** 756. Die im § 145 aufgezählten Rechtspflegeakte sind ausschließlich im Verfahren der FG. zu erledigen (JDR. **7** zu § 145).

3. RJA. **10** 39, ZBlFG. **10** 93 (KG.). Der Streit der früheren Gesellschafter über die fernere Aufbewahrung der Handelsbücher (§ 157 Abs. 2 HGB.) ist nach § 145 auch dann zu erledigen, wenn die eingeleitete Liquidation durch Konkurseröffnung erledigt ist. Aufbewahrungskosten.

§ 146. ZBlFG. **11** 373 Nr. 293, R. **10** Nr. 3069 (BayObLG.). Betrifft die Verfügung eine andere Angelegenheit, als in § 145 bezeichnet, so findet lediglich die einfache und die weitere unbefristete Beschwerde statt.

§ 147. LeipzZ. **10** 787, R. **10** Nr. 2060 (BayObLG.). Diese Vorschrift erstreckt sich auch auf die Liste der Genossen.

§ 153 ff. PosMSchr. **09** 80, ZBlFG. **10** 162 (Königsberg). Als Beteiligter bei der Verhandlung über die Dispache ist nicht der Versicherer von Schiffsgut, der

durch den Versicherungsvertrag in keine unmittelbaren rechtlichen Beziehungen zu Schiff oder Ladung tritt, sondern nur der Versicherte anzusehen.

§ 156. * Josef, LeipzZ. **10** 383. Einfluß des Konkurses eines Beteiligten auf die Klagepflicht, wie zu § 127 unter 1.

§ 157. KGJ. **37** 202, OLG. **21** 56, RJA. **10** 25, ZBlFG. **10** 82. Der zum Bestätigungsverfahren zugezogene Dispachebeteiligte (d. h. jeder in der Dispache tatsächlich als beitragspflichtig Aufgeführte) muß alle ihm gegen die Dispache als solche zustehenden Einwendungen mittels Widerspruchs geltend machen, so daß er sie nicht mehr durch Beschwerde gegen die Bestätigungsverfügung verfolgen kann. Dies gilt auch von dem Einwande, daß er nicht Havereibeteiligter, d. h. nach materiellem Rechte zur Deckung der Havereischäden Beitragspflichtiger sei.

Achter Abschnitt. Vereinssachen. Güterrechtsregister.

§ 159. 1. * Josef, BuschsZ. **40** 303, Konstitutive Wirkung der Eintragungen; s. zu § 21 BGB. (JDR. **5**, **6**).

2. BadRpr. **09** 250 (Karlsruhe). Die amtswegige Löschung der erfolgten Eintragung des Vereins hat zu unterbleiben, wenn sie die Auslegung zweifelhafter Rechtsfragen erfordert und nicht schwerwiegende Interessen auf dem Spiele stehen.

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid. Untersuchung und Verwahrung von Sachen. Pfandverkauf.

§ 163. * Josef, BadRpr. **09** 86, 97 (und Berichtigung 111; vgl. Beschluß des AG. Waldshut, eb. 4, und Lutz, eb. 171, auch JDR. **7** 1023). Das dem Verzeichnungs- oder Auskunftsberechtigten in den Fällen der §§ 259, 260, 2028, 2057 BGB. zustehende Recht auf eidliche Erhärtung des ihm vorgelegten Verzeichnisses oder der ihm erteilten Auskunft im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat zur notwendigen Voraussetzung, daß der Pflichtige das Verzeichnis vorgelegt oder die Auskunft erteilt hat. Daher hat der Gläubiger, der die Anberaumung des Termins gemäß § 163 beantragt, diesem Antrage das Verzeichnis oder die Auskunft beizufügen oder ihren Inhalt im Antrag anzugeben. Ist der Pflichtige im Termine zur Eidesleistung bereit, so hat das Gericht ihm den Eid abzunehmen, ohne Rücksicht darauf, ob Grund zur Annahme unsorgfältiger Verzeichnung oder Auskunftserteilung vorliegt und ob die Angelegenheit von geringer Bedeutung ist. Denn der Eid ist ein Bestärkungsmittel, das der Verzeichnungs- oder Auskunftspflichtige dem Gläubiger freiwillig auch dann leisten kann, wenn dieser nach den §§ 259, 260 Abs. 2, 3 einen erzwingbaren Anspruch auf die Eidesleistung nicht hat.

§ 164. 1. * Josef, BuschsZ. **38** 232. Aus Abs. 3 folgt die Verpflichtung des Gerichts, beiden Beteiligten den Termin bekannt zu machen.

2. Die Vorschriften des § 164 sind übernommen durch § 64 des Versicherungsvertragsgesetzes vom 30. Mai 1908.

§ 165. * Josef, BayRpflZ. **11** 494. Zu den Beteiligten des Abs. 3 gehören der Verwahrer und die Miterben, nicht aber die Nachlaßgläubiger.

§ 166. * Josef, R. **10** 467, Unger, BuschsZ. **39** 104. Das Gericht ordnet nicht den Pfandverkauf an, sondern nur dessen Art für den Fall, daß der Gläubiger den Verkauf vorzunehmen sich getraut. Daher wird die Anordnung der FG. nicht ausgeschlossen dadurch, daß das Bestehen des Pfandrechts vom Gegenbeteiligten bestritten ist. (Vgl. dagegen JDR. **3** 2, 241.]

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Zu **§§ 167 ff.** I. Zuständigkeit. 1. Zimmerle, WürttZ. **52** 129, 161. In Württemberg ist den Gerichten die freiwillige Beurkundung von Rechtsgeschäften und von Tatsachen nicht übertragen.

2. Carlebach, Komm. z. FGG. 10. Für Württemberg besteht eine Zuständigkeit der Amtsgerichte zur Beurkundung im Dienste Privater nur innerhalb der im § 167 FGG. vorgesehenen Grenzen, also nur in Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Beurkundung und hier wieder in Beschränkung auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften, für welche durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgesehen ist. Darüber hinausgehend besteht eine Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht, also nicht für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, welche nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Willens der Beteiligten beurkundungsbedürftig sind, und nicht für die Beurkundung von Tatsachen.

2. **RG. 71** 60. In Preußen sind die Gemeindevorsteher zur Unterschriftsbeglaubigung nicht zuständig.

3. **RG.** JW. **09** 494 Nr. 17. Das gleiche gilt für Bayern.

4. *Josef, GruchotsBeitr. **53** 790 ff. Dem § 925 BGB. und dem Art. 143 EGBGB. liegt die Erwägung zugrunde, daß nur das Grundbuchamt und die landesgesetzlich berufenen Amtsstellen in ihrer Eigenschaft als Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entgegennahme der Auflassung geeignet sind. Eine ausdehnende Auslegung dieser Zuständigkeitsbestimmung auf andere Amtsstellen, insbesondere auf das Prozeßgericht, ist also nach der Absicht des Gesetzes unzulässig; folglich wird auch in den Rechtsgebieten, in denen die Notare oder andere Amtsstellen zur Entgegennahme der Auflassung zuständig sind, diese nicht ersetzt durch die Beurkundung im prozeßgerichtlichen Vergleiche. Dagegen stellt § 12 HGB. für die Anmeldungen zur Eintragung im Handelsregister lediglich verschiedene Formen zur Verfügung; daher können auf Grund der im prozeßgerichtlichen Vergleiche beurkundeten Erklärungen Eintragungen im Handelsregister erfolgen.

5. du Chesne, ZBlFG. **11** 13. Soweit das Vollstreckungsgericht rechtsgeschäftliche Vorgänge zu beachten hat, ist dies durch besondere Bestimmungen vorgesehen, so im Falle der Vereinbarung des Bestehenbleibens eines durch den Zuschlag erloschenen Rechtes. Darüber hinaus ist das Vollstreckungsgericht nicht zuständig, rechtsgeschäftliche Erklärungen zu beurkunden; dem zuwider von ihm aufgenommene Urkunden sind nicht öffentliche i. S. des § 29 GBO.

6. Förster, GruchotsBeitr. **54** 568. Die Eintragungsbewilligung kann nicht Bestandteil eines Prozeßvergleichs als eines Vertrags sein. Nimmt das Prozeßgericht sie gleichwohl im Rahmen des Prozeßvergleichs als Privatwillenserklärung einer Partei in das lediglich in den Formen eines solchen abgesetzte Sitzungsprotokoll auf, so überschreitet es die ihm zur Beurkundung von Prozeßvergleichen der Parteien gezogenen Zuständigkeitsgrenzen und damit seine Zuständigkeit überhaupt.

7. Dagegen Predari, ebenda 571, 577. Das Prozeßgericht, vor dem die Parteien im Vergleich eine grundbücherliche Eintragung vereinbaren, kann die Eintragungsbewilligung, diese als selbständiges Erfordernis und außerhalb der Vereinbarung stehend gedacht, beurkunden. — Wird der Prozeßvergleich nicht vor dem Prozeßgericht (oder was dem gleichsteht, dem beauftragten oder ersuchten Gerichte), sondern vor einem anderen Gerichte geschlossen, so hat dieses (vorausgesetzt, daß es überhaupt Urkundsamt ist) die Beurkundung nach den §§ 168 ff. zu bewirken.

8. *Jaritz, GruchotsBeitr. **54** 783 (vgl. oben zu § 2 IV 2). Die einem Beamten vom Staate übertragenen Amtsbefugnisse enden territorial an den Grenzen des Staatsgebiets. Vollzieht ein Urkundsbeamter dennoch eine Beurkundung auf dem Gebiet eines fremden Bundesstaats, so ermangelt die Beurkundung infolge der Überschreitung des Staatsgebiets jeder öffentlichen Kraft, sie ist null und nichtig; der Urkundsbeamte ist auf fremdem Staatsgebiete nur Privatperson, „Amtshandlungen" kann er dort gar nicht vornehmen. Dagegen sind Beurkundungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Wechselproteste usw.), auch des Gerichtsvollziehers, die er außerhalb des Bezirkes des ihm übergeordneten Amtsgerichts oder Land-

gerichts vorgenommen hat, durch die positive Vorschrift des Art. 39 PrFGG. für rechtsgültig erklärt (793 f.). Und zwar ist diese Gültigkeit über die in der PrGVO. (§ 18 Nr. 1a und 2) vorgesehenen Ausnahmefälle hinaus ganz allgemein und uneingeschränkt anzunehmen. Die Gültigkeit beruht allein auf Art. 39, es bedurfte auch für den Spezialfall des Art. 91a der WO., nicht erst der Vorschrift des § 18 Nr. 1a GVO. — Natürlich endet die Gültigkeit territorial an den Grenzen des Staatsgebiets (787, 794).

II. Rechtsgeschäftliche Erklärungen und sonstige Tatsachen. 1. *Josef, ABürgR. **34** 286 [gegen Manigk, JDR. **6** 503]. Rechtsgeschäftliche Erklärungen sind Erklärungen, die auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sind, der deshalb eintritt, weil er gewollt ist. Das trifft bei der Vaterschaftsanerkennung zu; denn sie hat den Erfolg des Verlustes der **exc. plurium**, und dieser Erfolg ist gewollt, die Anerkennung enthält also einen Verzicht auf jene **exc. plurium**

2. KGJ. **38** 9. Sowohl die Ernennung einer Person zum Testamentsvollstrecker als auch die Annahme des Amtes durch den Ernannten sind rechtsgeschäftliche Erklärungen.

3. **RG. 73** 44. Die Beurkundung des Notars über die von der Gesellschafterversammlung einer GmbH. gefaßten Beschlüsse, betrifft andere Gegenstände als Rechtsgeschäfte und erfolgt nach Artt. 53 ff., PrFGG. bedarf also keiner Unterschrift der Gesellschafter. Erklären diese aber in der Versammlung, eine auf das erhöhte Stammkapital zu leistende Stammeinlage zu übernehmen, so bedarf diese rechtsgeschäftliche Erklärung (und ebenso die des Beitritts zur GmbH.) der Beurkundung nach §§ 168 ff., also der protokollarischen Unterschrift des Erklärenden.

4. Rohde, ZBlFG. **10** 746. Die Beurkundung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung betrifft einen anderen Gegenstand als ein Rechtsgeschäft, bedarf also keiner Vorlesung usw. an die Beteiligten. [*Josef, DNotV. **3** 558 (JDR. **3** II, 189). Die Genehmigung muß dem Vormunde zu Protokoll bekannt gemacht (§ 16 Abs. 3) sein.]

5. Jaritz, GruchotsBeitr. **54** 787. Die Beurkundung von Wechselprotesten ist eine solche von Tatsachen, nicht von Rechtsgeschäften.

6. Jastrow, FormB. und Notariatsr. (15) I 87. Die Mitwirkung des Urkundsbeamten bei Abmarkungen ist lediglich rechtsgeschäftlicher Natur.

III. Beurkundung durch ausländische Behörden. 1. Jastrow, FormB. und NotR. (15) I 332 ff (*Josef, R. **08** 569). Wenn ein Staat für gewisse Geschäft öffentliche Formen vorschreibt, so hat er dabei zunächst nur seine eigenen, für diese Formen bestimmten Behörden und Beamten im Auge. Tatsächlich pflegt aber die Errichtung vor einer der inländischen gleichen Stelle, also dem ausländischen Gerichte oder dem ausländischen Notar, für genügend erachtet zu werden, wofern nicht etwa besondere Bedenken gegen die Beurkundungsbefugnis der ausländischen Amtsstelle sprechen. Es beruht dies auf dem die zivilisierten Völker beherrschenden Bewußtsein von der Gemeinsamkeit der Rechtseinrichtungen, die die öffentliche Beurkundung betreffen. — Die von den berufenen Beamten in den deutschen Schutzgebieten aufgenommenen Urkunden gelten als inländische.

2. WürttZ. **08** 297, DNotV. **09** 94 (Stuttgart). Die von einer ausländischen Behörde vorgenommenen Beglaubigungen sind Beglaubigungen i. S. des § 129 BGB. Denn das Gesetz bestimmt nirgends, daß, wenn für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben ist, die Unterschrift gerade von einer deutschen Behörde (Notar) beglaubigt werden müsse. Die Form der Beglaubigung richtet sich dann nach dem Auslandsrechte.

IV. Beurkundung von Geschäften zweifelhafter Wirksamkeit (JDR. 7 1026). a) Bourier, BayNotZ. **10** Nr. 9. Die Beur-

kundung anfechtbarer Rechtsgeschäfte darf der Notar nur ablehnen, wo es sich zugleich um einen Verstoß gegen die guten Sitten handelt. Im Interesse der Parteien ist es auch nicht ratsam, im Protokolle selbst auf die Zweifel des Notars hinzuweisen; wo die Gesetze einen solchen Vermerk vorschreiben, ist er nicht in der Urkunde selbst, sondern im Geschäftsregister oder auf Anlagen zu machen, die lediglich für den inneren Dienst des Notars bestimmt sind. b) *Josef, ZBlFG. **11** 195. Nach Art. 40 Abs. 2 PrFGG. darf der Notar die Beurkundung nur ablehnen, wenn „das Geschäft" offenbar nichtig ist, d. h. wenn die rechtsgeschäftliche Erklärung nach dem materiellen Rechte — BGB. oder HGB. — nichtig ist. Eine Nichtigkeit dieser Art steht also nicht in Frage, wenn es sich darum handelt, ob die Beurkundung abzulehnen ist, weil ein Beteiligter wahrheitswidrig dem Notar erklärt, sprachfremd zu sein (vgl. zu § 179). c) OLG. **18** 379 (Breslau). Die Tatsache, daß der über Anerkennung seiner Vaterschaft zu Vernehmende minderjährig ist, berechtigt nicht zur Ablehnung des Ersuchens (vgl. zu § 2 III 4. **d**) S. zu § 182 (Ausfertigung des Protokolls bei Ungültigkeit des beurkundeten Geschäfts).

V. Beurkundung und Beglaubigung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter. *Josef, KGBl. **11** 41. a) Insoweit Geschäftsbeschränkte überhaupt materiell rechtswirksame Erklärungen abgeben können, gilt dies sowohl für formfreie, wie für formalisierte Erklärungen; die Rechtswirksamkeit der vom Geschäftsbeschränkten abgegebenen Erklärung wird also dadurch nicht beeinträchtigt, daß diese Erklärung vor Gericht oder Notar abzugeben ist. Dennoch sind Gericht und Notar zur Beurkundung der vom Geschäftsbeschränkten persönlich abgegebenen Erklärungen nicht verpflichtet; vielmehr soll der Antrag des Geschäftsbeschränkten auf Beurkundung seiner Erklärungen zurückgewiesen werden, weil Geschäfsbeschränkten wie auf dem sonstigen Rechtsgebiete, so auch auf dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Fähigkeit zum selbständigen Auftreten fehlt. Denn nach den §§ 1630, 1793 werden Geschäftsbeschränkte von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten, so daß dieser an Stelle des Geschäftsbeschränkten die Erklärungen abzugeben hat, wofern nicht ausnahmsweise die Fähigkeit zum selbständigen Auftreten dem Geschäftsbeschränkten vom Gesetze (z. B. §§ 1437, 2229, 2275 Abs. 2) verliehen ist. Jene Vorschriften in §§ 1630, 1793 sind aber reine Ordnungsvorschriften, so daß die Rechtsgültigkeit der vom Geschäftsbeschränkten selbst abgegebenen Erklärungen nicht zu bezweifeln ist. b) Das zu a Gesagte gilt auch für die Unterschriftsbeglaubigung. Zwar ist die Vollziehung der Unterschrift und ihre Anerkennung kein Rechtsgeschäft, sondern eine bloße Rechtshandlung; es finden aber auf diese die §§ 104 ff. sinngemäß Anwendung. Daher darf die Unterschrift eines Geisteskranken und eines Kindes unter sieben Jahren nicht beglaubigt werden, wogegen nach Zurücklegung dieser Altersgrenze der Beglaubigung nichts entgegensteht. Die Beglaubigung von Unterschriften Geschäftsbeschränkter muß um so mehr zulässig sein, weil eine Vertretung des Minderjährigen bei der Leistung oder Anerkennung der Unterschrift durch den gesetzlichen Vertreter nicht zulässig ist. Aber die Ordnungsvorschriften der §§ 1630, 1793, wonach Minderjährige vertretungsbedürftig sind, finden auch hier insofern Anwendung, als der Antrag auf die Beglaubigung vom gesetzlichen Vertreter gestellt werden, auf den persönlichen Antrag des Minderjährigen die Beglaubigung seiner Unterschrift nicht erfolgen soll. c) Die Ordnungsvorschriften der §§ 1630, 1793 stellen hiernach die Volljährigkeit als ein formales Erfordernis für die Beurkundung auf. Findet es der Urkundsbeamte angemessen, diesen Ordnungsvorschriften zuwider die Erklärungen eines Geschäftsbeschränkten entgegenzunehmen, so hat er zu prüfen, ob der Geschäftsbeschränkte nach den Vorschriften des materiellen Rechtes denjenigen Grad von Geschäfts-

fähigkeit besitzt, der zu der gerade beabsichtigten Erklärung erforderlich ist, und bei Zweifeln hierüber gemäß Abs. 1 des Art. 40 PrFGG. zu verfahren. Bei gänzlich mangelnder Geschäftsfähigkeit (Geisteskrankheit, Testamentsunmündigkeit) ist die Beurkundung gemäß Abs. 2 ebenda abzulehnen. — Bei der Unterschriftsbeglaubigung ist nur die Tatsache der Leistung (Anerkennung) der Unterschrift Gegenstand der Amtstätigkeit, nicht das in der Urkunde etwa enthaltene Rechtsgeschäft; daher hat hier der Urkundsbeamte nach Art. 60 Abs. 3 ebenda jeden Zweifel an der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit im Beglaubigungsvermerke festzustellen.

§ 168. * Josef, ZBlFG. **11** 192. Die Auflassung bedarf der Beurkundung nach §§ 168 ff.; danach (§ 175) ist die Aufnahme eines Protokolls erforderlich, das bei Verletzung wesentlicher Vorschriften nichtig ist. Aber eine auf Grund der nichtigen Beurkundung erfolgte Eintragung des Erwerbers ist dennoch rechtsgültig, weil § 29 GBO. nur als Ordnungsvorschrift bestimmt, daß die Eintragung lediglich erfolgen soll, wenn die Bewilligung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Selbst eine auf Grund mündlicher Bewilligung vollzogene Eintragung ist also rechtswirksam. [JDR. **7** unter II.]

§ 170. 1. **RG.** R. **09** Nr. 1800. Als Urkundsperson ist nicht ausgeschlossen, wer bei den dem Vertragsabschlusse vorausgegangenen Verhandlungen die Interessen der einen Partei wahrgenommen hat, denn er ist nicht Beteiligter i. S. des § 168 Satz 2.

2. OLG. **18** 414, ZBlFG. **10** 162 Nr. 151 (KG.). Der Notar, der Vorsitzender des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft ist, ist nicht ausgeschlossen von der Beurkundung eines Vertrags, den der Vorstand der Gesellschaft mit einem Dritten schließt. Dem Vollstreckungsgerichte steht die Prüfung, ob der Notar von der Beurkundung oder von der Erteilung der Vollstreckungsklausel ausgeschlossen war, nicht zu.

3. ElsLothNotZ. **30** 305, ZBlFG. **11** 368 Nr. 252 (Colmar). Der Notar, der Genosse einer GesmuH. ist, darf Rechtsgeschäfte der Genossenschaft mit Dritten beurkunden, da die Genossenschaft juristische Person ist.

4. Riesser, LeipzZ. **09** 337. Ist der Aktiengesellschaftsvertrag (§ 182 Abs. 1 HGB.) von einem Notar beurkundet, der wegen Verwandtschaft mit einem der Gründer ausgeschlossen war, so hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen und die Gründer sind an den Vertrag nicht gebunden; die erfolgte Eintragung heilt aber den Mangel. [Gegen **RG. 54** 418.]

5. ElsLothZ. **30** 353, ZBlFG. **11** 456, DNotV. **11** 318 (Colmar). Der Notar kann ein Rechtsgeschäft zwischen einer Gesellschaft, zu deren Vorstande sein Schwiegervater gehört, beurkunden, wenn nicht der Schwiegervater selbst, sondern ein von diesem bevollmächtigter Dritter, der mit dem Notar nicht verwandt noch verschwägert ist, die Erklärungen für die Gesellschaft vor dem Notar abgibt.

6. * Josef, BayNotZ. **09** 91. Während der Notar als Konkursverwalter den Kaufantrag beurkunden kann, den ihm jemand betreffs des Massegrundstücks macht (JDR. **3** zu § 170 unter 5), ist er im gleichen Falle ausgeschlossen von der Beglaubigung der Erklärung, durch die der Gläubiger über die auf dem Massegrundstücke haftende Hypothek quittiert; denn „beteiligt", d. h. materiell interessiert, ist hier die vom Notar vertretene Konkursmasse, und es liegt also der Ausschließungsgrund des § 6 Ziff. 4 vor. — Vgl. zu § 183 unter 2.

7. * Josef, BuschsZ. **40** 315. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, die dem Notar aus den von ihm aufgenommenen Urkunden nach § 797 Abs. 2 ZPO. obliegt, ist in der ZPO. geregelt, also eine Handlung der streitigen Gerichtsbarkeit; der Notar steht also hier nicht anders da, wie der Gerichtsschreiber, und für die Frage, ob er von der Erteilung der Vollstreckungsklausel ausgeschlossen ist, kommen nicht die Vorschriften der FG., sondern die des § 41 ZPO. zur Anwendung. Der Notar ist also,

wenn sein Neffe eine vollstreckbare Urkunde verlautbart, von der Beurkundung nicht ausgeschlossen, da er mit dem Neffen im dritten Grade verwandt ist (§ 170 Ziff. 3 FGG.), während er von der Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 41 Ziff. 3 ZPO. ausgeschlossen ist. Auch nachträgliche Umstände können die Ausschließung des Notars von Erteilung der Vollstreckungsklausel herbeiführen; z. B. der Notar, der die von A. zugunsten des B. erklärte vollstreckbare Urkunde aufgenommen, heiratet später die Tochter des Gläubigers oder Schuldners. Da in Preußen für derartige Behinderungsfälle gesetzlich Vorsorge nicht getroffen ist, so geht hier der Gläubiger seines Rechtes auf vollstreckbare Ausfertigung verlustig.

§ 171. 1. KGJ. **38** 190. Der Notar kann nicht eine Vollmacht auf sich selbst beurkunden (JDR. **7** 1028).

2. JW. **11** 255, DNotV. **11** 316 (LG. III Berlin). Der Notar kann mitwirken bei der Beurkundung zugunsten eines Nachlasses, den er selbst als Testamentsvollstrecker verwaltet (JDR. **5** 1022).

§§ 174, 175. Unitas actus, Sukzessivbeurkundung. 1. **RG.** (II. ZS.) JW. **09** 272. Billigung der Ansicht des IV. ZS. in **RG. 69** 130 (JDR. **7** 1029). Die Beurkundung kann in demselben Protokolle geschehen, auch wenn die Vertragschließenden nicht gleichzeitig, sondern nacheinander erscheinen.

2. *Josef, ZBlFG. **10** 145. a) Der § 177 Abs. 3 schreibt eine zeitliche Grenze für die Unterschrift der Mitwirkenden nicht vor; daher kann der Notar das Protokoll zeitlich unbeschränkt unterschreiben, folglich auch in das von einem Beteiligten unterzeichnete Protokoll noch Erklärungen Dritter aufnehmen, bevor er selbst es unterschreibt. b) Beurkundet der Notar in demselben Protokolle zunächst den Vertragsantrag und sodann in Abwesenheit des Antragenden die Annahme, so liegt in diesem Verhalten der Beteiligten, die abgesondert ihre auf Beurkundung eines Vertrags gerichteten Erklärungen abgeben, der Verzicht des Antragenden darauf, daß ihm gegenüber die Annahme erklärt zu werden braucht, folglich kommt in solchem Falle nach § 151 BGB. der Vertrag mit Beurkundung der Annahme rechtsgültig zustande. c) Erregt das Protokoll über die Beurkundung des Vertrags fälschlich den Anschein, als ob die Beteiligten gleichzeitig vor dem Notar erschienen gewesen seien, während dieser tatsächlich die Erklärungen der Beteiligten in Abwesenheit voneinander beurkundet hat, so ist die Beurkundung nach § 133 BGB. als über Antrag und Annahme rechtsgültig erfolgt anzusehen, und es gilt für diesen Fall das oben Gesagte. Ähnlich auch Blengels und Kockerols, DNotV. **9** 322 und 330, sowie die Schriftl. dazu.

3. Dagegen haben sich erklärt: **a)** Höniger., DNotV. **9** 177 ff., 333 ff. **b)** v. Holtum, eb. **10** 510; **c)** Oppler, ZBlFG. **9** 643, **d)** Jastrow (15) Anm. 3 d zu § 177. **e)** Walter, BayNotV. **09** Heft 8/9, die eine getrennte Beurkundung von Antrag und Annahme nur in zwei getrennten Protokollen zulassen wollen.

§ 176. I. Abs. 1. 1. **RG. 74** 422, DNotV. **11** 320, JW. **11** 183 Nr. 11, R. **11** Nr. 524. Versehentlich unrichtige Datierung hat Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde jedenfalls dann nicht zur Folge, wenn das richtige Datum in anderer Weise festgestellt werden kann. Nur das gänzliche Fehlen des Datums hat Nichtigkeit zur Folge. Das gilt auch von Unrichtigkeit in der Ortsangabe sowie in der Bezeichnnng der Beteiligten und der Mitwirkenden sowie in der Wiedergabe der Erklärungen.

2. Ziff. 2. **a) RG.** JW. **09** 20 Nr. 15. Es ist nicht erforderlich, die Mitwirkenden gerade mit den Worten „bei der Verhandlung mitwirkend" zu bezeichnen [s. Testam.]. **b)** SchlHolstAnz. **09** 334 (LG. Altona). Ein Notariatsprotokoll, das am Eingang erklärt, die Parteien seien vor dem namentlich bezeichneten Notar erschienen, während es vom Notariatsvertreter unterzeichnet ist, verstößt gegen § 176. **c)** *Josef, R. **10** 296. Nichtübereinstimmung zwischen Bezeichnung und Unter-

schrift des Beteiligten, s. zu § 177 Abs. 1 a. **d)** **RG. 73** 205; ZBlFG. **11** 449 (KG.). Grundstücksverträge der preuß. Landgemeinden; Beidrückung des Gemeindesiegels im Protokolle.

II. Abs. 2. 1. **RG. 71** 318, ZBlFG. **11** 217, DNotV. **11** 326; HansGZ. **09** Beibl. 139 und **10** Beibl. 53, ZBlFG. **10** 42 Nr. 13, R. **10** Nr. 3603 (Hamburg). Die Anlage muß verlesen und dies im Protokolle festgestellt werden. Diesem Erfordernis ist aber genügt, wenn in der Urkunde festgestellt ist, daß das „Protokoll" verlesen ist; denn die Anlage bildet einen Teil des Protokolls.

2. **RG. 72** 412. Eine Vollmacht, auf die als Protokollanlage zum Zwecke der notwendigen oder doch gewollten sachlichen Ergänzung der Haupturkunde Bezug genommen ist, muß vorgelesen werden. — Dazu Weißler, DNotV. **10** 436. Der Vorlesung der Vollmacht bedarf es nur, wenn sie die ganz besondere und ungewöhnliche Funktion der Ergänzung der Parteierklärung erfüllt und deswegen Bestandteil des Protokolls ist. In ihrer gewöhnlichen Funktion, die sich in der Legitimation des Erklärenden erschöpft, wird die Vollmacht nicht Bestandteil des Protokolls und ist daher nicht zu verlesen.

3 Bourier, BayNotZ. **10** Nr. 7/8, „Protokollanlagen". Sind die Anlagen Teile des Protokolls, so müssen sie zwar vorgelesen und genehmigt werden; es ist aber nicht erforderlich, auch gar nicht einmal angemessen, daß diese Anlagen mit einem besonderen Hinterlegungsvermerk versehen und dieser von den Beteiligten unterschrieben wird.

4. ZBlFG. **11** 160 (Dresden). Hat ein Beteiligter sich zum Inhalt einer als Anlage dem notariellen Protokolle beigefügten Schrift bekannt und will ein anderer Beteiligter sich gleichfalls zum Inhalte jener Schrift bekennen, so muß dem neuen Protokoll eine Ausfertigung jener Anerkennungsverhandlung beigefügt werden. Die Aufnahme eines „Beitrittsprotokolls", in dem der andere Beteiligte auf jene Schrift Bezug nimmt, genügt nicht. — Dagegen Weißler, DNotV. **11** 77. Die dem ersten Protokolle beigefügte Privatschrift gilt als notariell beurkundet; folglich bezog sich die spätere Beitrittserklärung der anderen Beteiligten auf eine öffentliche Urkunde; folglich war der Inhalt ihrer Erklärungen durch die Verbindung der beiden Urkunden klar gegeben und es braucht also der zweiten Urkunde nicht eine Ausfertigung der ersten beigefügt werden. Die zweite Urkunde wäre richtig dahin zu fassen, daß die Beteiligten sich die im ersten Protokoll abgegebenen Erklärungen zu eigen machen. [Vgl. auch Jastrow, FormB. und NotR. (15) Anm. 15 **c** zu § 176.]

5. **a)** **RG.** R. **09** Nr. 2373. Ist in einem notariellen Grundstückskaufvertrage bei der Beurkundung einer Zusicherung über ein bestimmtes Erträgnis des Grundstücks auf eine privatschriftliche Mietaufstellung Bezug genommen, so steht der Umstand, daß diese Aufstellung nur von einem Vertragsteil unterschrieben ist und daß sie nicht als Anlage zum notariellen Protokolle genommen ist, der Formgültigkeit der Zusicherung nicht entgegen. **b)** HansGZ. **10** Beibl. 313 (Hamburg). Nichtigkeit eines notariellen Kaufvertrags, der zur Bestimmung des Kaufgegenstandes auf eine andere Urkunde Bezug nimmt, wenn nicht der Inhalt dieser Urkunde in den Text des Vertrags aufgenommen oder jene andere Urkunde dem Vertrag als Anlage einverleibt ist.

III. Abs. 3. 1. Kretzschmar, BayNotZ. **09** 77. Der Abs. 3 gilt auch für die Testamentserrichtung.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1176, JW. **10** 628. Bei der Unterschriftsbeglaubigung werden zur Feststellung der Person des Erschienenen bloße Privatbriefe, die von den Empfängern vielfach achtlos weggeworfen werden, regelmäßig nicht genügen; auch dann nicht, wenn der Vorweisende eine gewisse allgemeine Sachkunde zeigt.

3. Gegen KGJ. **36** 151 (Feststellung der Nämlichkeit, JDR. **7** 1031 III 4); s. jetzt Jastrow (15) Anm. 17 zu § 176.

§ 177. Literatur: Höniger, Die Beurkundung der Schreibunfähigkeit, DNotV. **10** 12. — Josef, Die Beurkundung der Schreibunfähigkeit, ZBlFG. **11** 187.

Rechtslehre. 1. Abs. 1. a) *Josef, R. **10** 296. Wenn der Notar als erschienen aufführt den Kaufmann mit seinem bürgerlichen Namen, dieser aber das Protokoll mit der von diesem abweichenden Firma unterschreibt, so deckt sich die vom Beteiligten geleistete Unterschrift nicht mit der ihm vom Notar gegebenen Bezeichnung (§ 176 Abs. 1 Ziff. 2); aber das Protokoll enthält dennoch die Feststellung, daß es vorgelesen und vom „Beteiligten" unterschrieben ist. Die Urkunde ergibt also, daß der vom Notar als erschienen aufgeführte Beteiligte derselbe ist, der sie mit dem von ihm nach § 17 HGB. gebrauchten Namen unterschrieben hat. Danach genügt die Urkunde dem Formalerfordernisse des § 177. (JDR. **5** 1024). **b)** Höniger, DNotV. **9** 180—187. Die Vertragsbeurkundung ist nicht gleich mit der Beurkundung aller materiell-rechtlich zur Vertragsentstehung notwendigen Tatbestandsmomente, bei einem Formengeschäfte bedürfen keineswegs alle zu seiner Entstehung wesentlichen Momente der Beurkundung. Der Zugang des Antrags an den Annehmenden ist materiell-rechtlich zur Entstehung des Vertrags notwendig, aber er bedarf nicht der Beurkundung. **c)** *Josef, RheinZ. **3** 28. Eigenhändige Unterschrift liegt auch vor, wenn dem Beteiligten bei der Niederschrift durch Festhalten und Drücken des Handrückens Hilfe geleistet ist. [Ebenso **RG.** Gruchots Beitr. **53** 98 f. Testam.] **d)** OLG. **21** 332, DNotV. **9** 557 (KG.). Unvollständige Feststellung tatsächlich erfolgter Unterschrift [s. Testam.]. **e)** *Josef, ZBlFG. **11** 189. Abwägende Feststellungen, die der Urkundsbeamte auf Grund der Würdigung der Sachlage zu treffen hat, z. B. darüber, ob der Beteiligte ihm persönlich bekannt, ob er stumm oder sprachfremd ist (§§ 176, 178, 179), sind unabhängig von der Genehmigung des Beteiligten, und daher der Umstand, daß der Beteiligte in dem formgerecht aufgenommenen und abgeschlossenen Protokolle die Genehmigung einer solchen Feststellung verweigert hat, gleichgültig. Wenn dagegen der Beteiligte, um eine Rückwirkung seiner Erklärung zu erreichen, verlangt, der Notar solle einen früheren Tag als Verhandlungstag angeben und schließlich bei Vorlesung und Unterzeichnung erklärt, er genehmige nicht das Datum, so ist diese Beurkundung unwirksam. Hier ist das Beurkundete und vom Beteiligten Unterschriebene von ihm nicht gewollt; die Nichtgenehmigung der sachlichen Feststellung des Notars wirkt hier zugleich auf die materielle Erklärung des Beteiligten ein.

2. Abs. 2. a) Höniger, DNotV. **10** 12. Eine Feststellung der Erklärung des Beteiligten, schreibensunkundig zu sein, ist nicht erforderlich; die Feststellung tatsächlich vorhandener Schreibunfähigkeit genügt. **b)** Dagegen *Josef, ZBlFG. **11** 187. Im Gegensatze zu den früheren Rechten, wonach der Urkundsbeamte die tatsächlich vorhandene Schreibunfähigkeit des Beteiligten feststellen mußte, verlangt das FGG. die Erklärung des Beteiligten, nicht schreiben zu können; es bezweckt hiermit Beseitigung der Streitfragen, die in den früheren Rechten darüber bestanden, unter welchen Voraussetzungen eine Schreibunfähigkeit als tatsächlich vorliegend angesehen werden durfte. Folglich ist die Erklärung, nicht schreiben zu können, etwas ganz anderes als die Feststellung der Tatsache, daß der Beteiligte nicht schreiben kann. Eine Nachprüfung der Richtigkeit dieser Erklärung steht dem Urkundsbeamten, auch wenn er ihre Unwahrheit klar ersieht, nach der Absicht des Gesetzes nicht zu. Ist im Protokolle festgestellt, daß „das Protokoll" auf Vorlesen genehmigt ist, und folgt sodann der Vermerk tatsächlicher Schreibunfähigkeit, so ist hiermit bezeugt und festgestellt, daß auch dieser Vermerk auf Vorlesen mit-Ugeehmigt ist. Denn jener Vermerk ist gleichfalls ein Teil des Protokolls und der n mstand, daß er räumlich hinter dem Vorlesungsvermerke beurkundet ist, beweist nicht,

daß dieser Vermerk erst nach der Vorlesung niedergeschrieben ist. Ist dieser Vermerk (die Feststellung) tatsächlicher Schreibunkunde aber auf Vorlesen mitgenehmigt, so ist diese Genehmigung zu deuten als die Erklärung, nicht schreiben zu können.

3. Abs. 3. a) * Josef, ZBlFG. **10** 145. Zeitpunkt der Unterschrift, **unitas actus** Sukzessivbeurkundung, s. oben zu § 174, 175. **b)** * Josef, BadNotZ. **09** 119. **Unitas contextus**, Beurkundung von Erklärungen unter Lebenden und von Todes wegen in derselben Urkunde, s. JDR. 8 558. — Zu Abs. 2, 3 vgl. die Rspr. zu § 2242 BGB. und deren Besprechung bei Josef, ZBlFG. **11** 196 ff.

§ 178. * Josef, ZBlFG. **11** 189. Nichtgenehmigung der Feststellung des Gebrechens, s. zu § 177 Abs. 1 unter e.

§ 179. 1. KGJ. **39** 75, OLG. **21** 334. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß es der Dolmetscher gewesen ist, der die Vorlesung bewirkt hat [für Testam.].

2. * Josef, ZBlFG. **11** 189. Nichtgenehmigung der Feststellung der Sprachunkunde; s. zu § 177 Abs. 1 e.

3. Höniger, DNotV. **10** 52, behandelt die Frage, ob die unwahre Versicherung des Beteiligten, sprachfremd zu sein, den Notar verpflichtet, die Beurkundung abzulehnen. Hoeniger, der dem Urkundsbeamten die Verpflichtung zu positiver Prüfung der Richtigkeit dieser Versicherung abspricht, bejaht diese Frage für den Fall, daß die Überzeugung des Notars von der Unwahrheit jener Versicherung „auf ganz offenbaren und ohne jede Beweiserhebung erkennbaren Tatsachen beruht".

4. Dagegen * Josef, ZBlFG. **11** 195. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des von Hoeniger behaupteten Inhalts, wonach offenkundige Lügen des Beteiligten der Nachprüfung des Urkundsbeamten unterliegen, die Ablehnung der Beurkundung rechtfertigen, besteht nicht. Weiter aber kann für die Entscheidung dieser Frage immer nur das Reichsrecht in Betracht kommen, also der § 179 FGG., nicht aber landesgesetzliche Bestimmungen, wie der von Hoeniger angezogene Art. 40 Abs. 2 PrFGG.

§ 182. KGJ. **38** 8. Ausfertigungen dürfen nicht erteilt werden, wenn das beurkundete Geschäft offenbar ungültig ist oder sein Inhalt gegen ein Strafgesetz verstößt.

§ 183. Literatur: Josef, Eine Rechtsfalle bei notariellen Beurkundungen, R. **09** 287. — Derselbe, Die Firma bei öffentlichen Beurkundungen, R. **10** 295. — Derselbe, Unterschriftsbeglaubigung bei Behinderung des Notars an der Aufnahme der Urkunde selbst, BayNotZ. **09** 89. — Öhl, Über die Unterschriftsbeglaubigung (Übersicht über die Streitfragen), BayNotZ. **10** 1.

Rechtslehre. 1. * Josef, R. **10** 295. a) Hat der Kaufmann das Schriftstück mit der (von seinem bürgerlichen Namen abweichenden) Firma unterschrieben, so ist dem Antrag auf Beglaubigung stattzugeben, da auch die Firma der Name des Kaufmanns ist (§ 17 HGB.). Allerdings ist der Beglaubigungsvermerk, der nach § 183 Abs. 2 FGG. auch die Bezeichnung dessen, „der die Unterschrift vollzogen hat, enthält", hier, wo der vom Notar im Beglaubigungsvermerke mit dem bürgerlichen Namen bezeichnete Beteiligte die Firma unterschrieben hat, aus sich allein nicht verständlich. Aber das ist auch nicht erforderlich: eine Vorschrift, wonach der Beteiligte selbst bei seiner Unterschrift oder der Notar im Beglaubigungsvermerke die Nichtübereinstimmung des bürgerlichen Namens mit der gezeichneten Unterschrift aufklären müßte, besteht nicht; der § 183, der genau die Amtspflicht des Notars regelt, kennt eine solche Pflicht nicht, noch weniger ist der Notar zuständig, die ihm etwa bekannte Richtigkeit jener Angabe über den Inhalt des Handelsregisters im Beglaubigungsvermerke zu bescheinigen. Vgl. noch die (teilweise abweichenden) Äußerungen von Mainhard und Wimpfheimer in BadRpr. **09** 97, 170, 222. **b)** Der Beteiligte muß die Nichtübereinstimmung des von ihm Unterschriebenen mit dem ihm zustehenden Namen dem Notar stets aufklären; andernfalls liegt kein

vernünftiger Grund für die Unterzeichnung eines fremden Namens klar und die Beglaubigung ist also abzulehnen, weil sie dem Rechtsverkehre dienen soll, bei jener Weigerung des Beteiligten aber die Absicht des Scherzes und dgl. zu vermuten ist.

2. *Josef, BayNotVZ. **09** 89 ff.; auch ZBlFG. **11** 595. Die Ausschließung des Notars von der Unterschriftsbeglaubigung regelt sich zufolge der Landesgesetze nach § 6 FGG., dessen Ziff. 1, wie die Nebeneinanderstellung des Beteiligten und des Mitberechtigten oder Mitverpflichteten ergibt, als Beteiligten den ansieht, der an der Angelegenheit materiell interessiert ist. Der Notar ist also von der Unterschriftsbeglaubigung schon ausgeschlossen, wenn er Mitgläubiger oder Mitschuldner des unterschreibenden Beteiligten ist, mag dies Verhältnis auch nach außen nicht hervortreten. Der Notar ist um so mehr im Sinne der Ziff. 1 beteiligt, wenn er selbst inhalts der Urkunde der an der Rechtsangelegenheit materiell Interessierte ist, und ebenso nach Ziff. 2—4 ausgeschlossen, wenn die zu beglaubigende Erklärung seine oder seiner Angehörigen Rechtsangelegenheiten oder die einer von ihm vertretenen Person betrifft. Die entgegengesetzte Auffassung, wonach als Beteiligter nur der Unterschreibende in Betracht kommen soll, hätte zur Folge, daß auch bei der Unterschriftsbeglaubigung der Begriff des Beteiligten sich nach § 168 Ziff. 2 FGG. regelt, während das Gesetz ersichtlich diesen Begriff bei der Unterschriftsbeglaubigung in anderer Weise regeln will. Bei dieser Absicht des Gesetzes, wonach die materielle Beteiligung an der Rechtsangelegenheit und nicht die Tatsache des Unterschreibens allein maßgebend sein soll, kommt nicht in Betracht, daß die Tätigkeit des Notars bei der Unterschriftsbeglaubigung nur ein Zeugnis über die Tatsache des Unterschreibens oder Anerkennens der Unterschrift ist und die Amtstätigkeit den Inhalt der Urkunde nicht zum Gegenstande hat, der Notar auch von diesem Inhalte nach einzelnen Landesgesetzen gar nicht einmal schlechthin Kenntnis zu nehmen befugt ist. Derartige Landesgesetze kommen für die Auslegung des Reichsgesetzes um so weniger in Betracht, als nach anderen Landesgesetzen (z. B. dem sächsischen und bayerischen) umgekehrt dem Notar die Verpflichtung auferlegt wird, vom Inhalte der Urkunde Kenntnis zu nehmen, ja sogar die Beteiligten in bezug auf den Inhalt der Erklärung eingehend zu beraten (JDR. 7 1035).

3. R. **10** Nr. 4005 (Colmar). Auf die notarielle Unterschriftsbeglaubigung findet, da sie keine Beurkundung eines Rechtsgeschäfts ist, der § 170 keine Anwendung, wofern nicht landesgesetzlich etwas anderes bestimmt ist.

4. *Josef, R. **09** 287 (unter Aufgabe der früheren Ansicht in DNotV. 5 774). Auch wenn der Notar die Urkunde entworfen hat, ist Gegenstand seiner Amtstätigkeit nur die Unterschriftsbeglaubigung, nicht der Inhalt der Urkunde; daß zwischen dem Entwerfen und der Beglaubigung ein Zusammenhang (Einheitlichkeit des Auftrags) besteht, begründet nicht eine Haftung des Notars für den Inhalt der Urkunde nach Beamtenrecht, also Dritten gegenüber. Der Notar haftet also für inhaltliche Mängel der Urkunde nur nach Vertragsrecht, also nur dem, der die notarielle Tätigkeit angegangen hat. Die innere rechtliche Natur des Entwerfens der Urkunde als außeramtliches Geschäft wird durch das Zusammenfallen mit dem Amtsgeschäfte der Unterschriftsbeglaubigung nicht verändert, das bloße Entwerfen wird dadurch nicht Amtshandlung, d. h. eine Handlung, die der Notar nur in Kraft der Ernennung zum Notar vornehmen darf, wie die förmliche Beurkundung und die Beglaubigung; Urkunden entwerfen kann vielmehr jedermann, wenngleich die Vergütung dieser Berufshandlung in der GBO. für Notare geregelt ist. Zwar soll von der entworfenen Urkunde der Notar nach Artt. 60, 95 PrFGG. mit § 15 PrStempG. eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten, sie nicht als bloße Beglaubigung, sondern ihrem Inhalte nach in das Register eintragen und für die Stempelverwendung ebenso sorgen, wie bei protokollarischen Urkunden.

Aber daraus folgt nicht, daß das Gesetz hiermit auch die Tätigkeit des Entwerfens zu einer Amtshandlung erhoben hätte; denn hierzu hätte es einer ausdrücklichen Vorschrift bedurft und jene Behandlung der Urkunde ist eine rein interne Geschäftsangelegenheit, die lediglich stempelfiskalischen Zwecken dient. Die zurückbehaltene Abschrift soll zur Nachprüfung für die Stempelverwendung dienen und hat keine Bedeutung für die Urkundstätigkeit des Notars, ist insbesondere nicht zur Erteilung weiterer Abschriften bestimmt.

5. *Josef, KGBl. **11** 41. Beglaubigung der Unterschrift von Geschäftsbeschränkten (Minderjährigen), s. zu § 167 unter V.

6. *Josef, ZBlFG. **11** 594 (in Abänderung der früheren Ansicht, JDR. **7** 1037 und gegen KGJ. **29** 3). Der Beglaubigungsvermerk ist ein Zeugnis, das nur in Verbindung mit der über ihm stehenden Unterschrift verständlich ist und Bedeutung hat. Der Vermerk enthält also stets die (stillschweigende) Bezugnahme auf die Unterschrift; daher ist es zulässig, aus der Unterschrift (nicht aus der über dieser stehenden Erklärung) die im Vermerk unvollständig (z. B. ohne Angabe des Namens) erfolgte Bezeichnung zu ergänzen. Bei der Bezeichnung hat der Notar eine gewisse Freiheit; da das Formalerfordernis der Bezeichnung, auch wenn sie unvollständig erfolgt ist, sonach erfüllt ist, ist auch ein Nachtragszeugnis des Notars zulässig, das beliebig später eingehen kann.

§ 189. S. zu § 59 unter 3 (Beschwerderecht minderjähriger Standesherren).

§§ 194, 195. 1. Marsson, Die Ortsgerichte der OLGBezirke Frankfurt und Cassel 126 ff. Die Bezeichnung „besondere Gerichte" ist reichsgesetzlich für die Angelegenheiten der FG. nicht geprägt. Der Gegensatz: ordentliche und besondere Gerichte besteht nur für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen; für die FG. heißt der Gegensatz: gerichtliche Behörden — andere Behörden und Beamte (Artt. 142, 143, 147 EGBGB.; §§ 190, 191, 193—195 FGG). Weder die preußischen Ortsgerichte noch die württembergischen „ordentlichen Vormundschafts- und Nachlaßgerichte" sind „gerichtliche Behörden" in diesem Sinne.

2. Rechtshilfepflicht reichsländischer Gerichte zur Aufnahme vollstreckbarer Urkunden, s. zu § 2 I 3 und II 1.

3. Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. 69, 84. Für die amtsgerichtliche Zwischenentscheidung aus § 195 ist im Falle eines Behördenwechsels nicht mehr das der alten, sondern das der neuen Behörde vorgesetzte Amtsgericht zuständig. Das Gesuch um Abänderung kann bei der neuen Behörde wie bei dem neuen Amtsgericht angebracht werden.

4. *Unger, BuschsZ. **38** 505. Hat die Landesgesetzgebung von dieser Zulassung Gebrauch gemacht, so kann Beschwerde nicht bei der anderen Behörde, sondern nur beim Amtsgericht eingelegt werden.

§ 197. *Josef, KGBl. **09** 79. Ist dem Landgerichte die Aufbewahrung der Standesregister übertragen, so ist für die Beschwerde gegen die Ablehnung der Einsichtsgewährung das örtlich vorgesetzte OLG. (nicht das KG.) zuständig; eine Beschwerde gegen die Zwischenverfügung, durch die dem Antragsteller eine Auflage zur Begründung seines Antrags gemacht wird, ist ausgeschlossen. Vgl. zu § 19 unter II.

§ 199. 1. Zuständigkeit des örtlich vorgesetzten OLG. (nicht des KG.) bei Beschwerden gegen erstinstanzliche Beschlüsse des Landgerichts betr. Armenrechts, Zeugnisverweigerung usw., s. zu § 19 unter II.

2. KGJ. **37** 3. Das KG. ist nicht zuständig für die Entscheidung über weitere Beschwerden gegen Beschlüsse, die von dem preußischen, für das Oldenburgische Fürstentum Birkenfeld bestellten Landgericht in Saarbrücken in dieser Eigenschaft auf Beschwerden erlassen sind.

3. *Josef, KGBl. **09** 79; s. zu § 197.

§ 200. *Jaritz, GruchotsBeitr. **54** 783 ff. Die Vorschriften darüber, welche Bedeutung der Überschreitung des Amtsbezirks der Urkundsperson für die Wirksamkeit der von ihr außerhalb des Amtsbezirks vorgenommenen Beurkundung beizumessen ist, gehören nicht in das Gebiet der „örtlichen Zuständigkeit", nicht zu den Vorschriften über das Verfahren bei der Beurkundung, bilden vielmehr einen Teil der Urkundverfassung, deren Regelung das Reichsrecht uneingeschränkt der Landesgesetzgebung überlassen hat (792)

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung ist trotz Festhaltung des Grundsatzes, daß die Entgeltlichkeit der Verfügung eines befreiten Vorerben von diesem dem Grundbuchamte nachzuweisen sei, den Anforderungen des Verkehrs mehr und mehr entgegengekommen. Nachdem das KG. im vorigen Berichtsjahre (s. JDR. 8 Vorbem. zur GBO.) ausgesprochen hat, daß dann, wenn die Eintragungsbewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen Geschäfts ist, die Unentgeltlichkeit der Verfügung regelmäßig durch die Sachlage ausgeschlossen werde, hat es nunmehr auch eine einseitige Erklärung des Vorerben über den Empfang des Entgelts zum Nachweise der Entgeltlichkeit für ausreichend erachtet, wenn die Richtigkeit dieser Erklärung durch andere Umstände bestätigt wird (§ 41 Ziff. I 2). Sodann sind über die Zulässigkeit der Beschwerde zwei wichtige Entscheidungen zu verzeichnen. Das KG. (§ 71 Ziff. I 1 a) hat für den Fall, daß der Grundbuchrichter den Antrag auf Ansetzung eines Termins deswegen zurückweist, weil dem künftigen Eintragungsantrage nicht stattgegeben werden könnte, die Beschwerde für zulässig erklärt. Diese Entscheidung ist von erheblichem praktischen Werte. Denn sie überhebt die Beteiligten der Notwendigkeit, für die Aufnahme der Erklärung, insbesondere der Auflassungserklärung Kosten aufzuwenden, deren Bezahlung zwecklos ist, falls die höheren Instanzen der Ansicht des Grundbuchrichters über die Unbegründetheit des Eintragungsantrags beitreten. Die zweite Entscheidung betrifft den Fall der Beschwerde gegen die Zurückweisung eines auf den Nachweis der Unrichtigkeit gestützten Berichtigungsantrags. Das KG. (§ 71 Ziff. II 2) erklärt eine solche Beschwerde unter Hinweis auf § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. für unzulässig, hebt aber selbst hervor, daß die Vorschrift des § 71 Abs. 2 Satz 1 in ein System nicht hineinpasse, in dem die Berichtigung auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit zugelassen ist. — Die Rechtslehre hat im Berichtsjahr Ergebnisse, die an dieser Stelle der Hervorhebung bedürften, nicht gewonnen.

Literatur: Von neuen zusammenfassenden Erläuterungen der GBO. ist im Berichtsjahre v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, erschienen. Das Formularbuch von Planck-Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs, ist in zweiter Auflage herausgekommen. S. auch die Literaturnachweise vor § 873 BGB.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. Paulus, BayRpflZ. **10** 92, Zur Entwickelung des Verkehrs vor dem Grundbuchamte.

§ 3. I. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 7. Wie nach dem früheren bayerischen Rechte, wird auch nach BGB. der Bruchteil eines Grundstücks (ideelle Anteil, §§ 1008 ff.) hinsichtlich des Erwerbes, des Verlustes, der Belastung und der Geltendmachung gleich dem Alleineigentum an dem Grundstücke behandelt; es steht daher auch vom Standpunkte des BGB. kein grundsätzliches Hindernis im Wege, den ideellen Anteil eines Miteigentümers bücherlich gleich einem Grundstücke zu behandeln, für die einzelnen Anteile also, wenn es zweckmäßig ist, insbesondere wenn sie belastet werden, besondere Grundbuchblätter anzulegen. Weder die Vorschriften der GBO., noch die Einrichtung des GBBlatts in

Bayern stehen einer solchen Behandlung der Anteile entgegen, die Einrichtung des Katasters und Sachregisters ermöglicht sie ohne Schwierigkeit, daher läßt sie die DA. § 220 ausdrücklich zu (vgl. DA. § 224, 296[1], 300, 380[2], 433[2]). ➸ AA. die herrschende Meinung. Red. ⇜

II. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 8. Über die Folgen einer Doppelbuchung lassen sich kaum allgemeine Regeln aufstellen, es kommt auf den einzelnen Fall an; jedenfalls läßt sich der Ansicht Oberneсks (GBR. I, 383), daß bei Doppelbuchung eine Buchung der andern entgegensteht und keiner der anderen gegenüber der Vorzug eingeräumt werden könne, in dieser Allgemeinheit nicht zustimmen. Man wird vielmehr anzunehmen haben, daß die Eintragungen, die auf dem zuerst angelegten Blatte bis zur Anlegung des weiteren(Doppel)-Blattes erfolgt sind, wirksam sind und unter dem Schutze des § 892 BGB. stehen. Anders kann es sich freilich verhalten in Ansehung der Eintragungen, die erfolgt sind, nachdem das Doppelblatt angelegt war. Wenn sich die Eintragungen auf mehreren Blättern widersprechen oder einander entgegenstehen, kann der gesetzwidrige Zustand nur auf Grund Vereinbarung der Beteiligten beseitigt werden. Ist eine solche nicht zu erzielen, so muß jedenfalls dafür gesorgt werden, daß sich künftig niemand mehr auf Unkenntnis über das Bestehen der Doppelbuchung berufen kann. Dies wird auf dem Wege des § 54 GBO. und durch gegenseitige Verweisung auf den mehreren Blättern zu geschehen haben.

III. Buchung von Wassergrundstücken. 1. Holtz, PrVerwBl. **31** 734. Für das Gebiet des Code civil muß als unstreitig angenommen werden (**RG. 12** 341, **53** 45 ff.), daß die Privatflüsse als in niemandes Eigentum stehende, dem Gemeingebrauche gewidmete Sachen anzusehen sind, dergestalt, daß auch an ihrem Bette ein Eigentum rechtlich nicht möglich ist. Im Gebiete des gemeinen Rechtes dagegen ist die Frage, ob und welche der nichtöffentlichen Wasserläufe dem Privateigentum unterliegen, in Wissenschaft und Rechtsprechung ebenso streitig wie die vielerörterte Frage, welche Wasserläufe zu den öffentlichen und welche zu den nichtöffentlichen gehören. Je weiter man den Begriff der nichtöffentlichen Wasserläufe ausdehnt, um so zweifelhafter ist es, ob und in welchem Umfang ein Privateigentum an ihnen besteht. Das RG. nimmt — neuerdings in ständiger Rechtsprechung — an, daß alle dauernd fließenden Gewässer öffentliche Flüsse sind und in niemandes, auch nicht etwa des Landesherrn oder des Staates, Eigentum stehen (vgl. das neueste bisher nicht veröffentlichte Urteil des V. Zivilsenats v. 22. 6. 10, V. 302/1909 in Sachen mehrerer Grundbesitzer gegen den Mecklenburgischen Fiskus wegen Räumung der das Fürstentum Ratzeburg durchfließenden Maurine). Für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts leugnen manche Schriftsteller (Nieberding-Frank 68, 70, Lette und von Rönne, Landeskulturgesetzgebung II Abt. 2 630) ein Privateigentum an den Privatflüssen und sind der Ansicht, daß den Anliegern oder sonst am Wasserlaufe Berechtigten nur einzelne Nutzungsbefugnisse am Wasserlaufe zustehen. Nicht bestimmt zum Ausdrucke gekommen ist seither der Standpunkt, den das OVG. zu der Frage einnimmt (**11** 249, **18** 262, **39** 259). Demgegenüber haben die obersten Zivilgerichte in Preußen in ständiger Rechtsprechung dahin entschieden, daß die Privatflüsse im Privateigentume der Anlieger stehen. So schon die Rechtsprechung des Obertribunals (Entsch. **15** 361, **52** 38, **64** 34), das nur in einer Entscheidung (**27** 46) von seinem wiederholt eingenommenen Standpunkt insoweit abgewichen ist, als es ausführt, daß das Eigentum an Privatflüssen nicht völlig nach den allgemeinen Grundsätzen über das Eigentum beurteilt werden könne. In ständiger Rechtsprechung hat ferner das RG. bis heute an dem Satze, daß Privatflüsse im Privateigentume der Anlieger stehen, festgehalten, die hieraus sich ergebenden Schlüsse gezogen und namentlich aus dem Begriffe des Eigentums gefolgert, daß

der Eigentümer des Privatflusses unbefugte Eingriffe jedes Dritten in die Verhältnisse des Wasserlaufs abwehren kann. Ohne sich auf eine bestimmte gesetzliche Vorschrift stützen zu können, lediglich mit Rücksicht auf die Natur des Privatflusses und seine Bedeutung für die Allgemeinheit hat das RG. gleichzeitig das Eigentum am Wasserlauf erheblichen Beschränkungen unterworfen, so z. B. bei Beantwortung der Frage, in welchem Maße der Flußeigentümer die Einleitung von Abwässern zu dulden hat (vgl. Entsch. v. 19. 4. 1882 in GruchotsBeitr. **27** 14 ff. und die erschöpfend dort aufgeführte Literatur und Judikatur, ferner **RG. 3** 245, **16** 178, GruchotsBeitr. **25** 888, **26** 943, **29** 873).

2. **RG.** PrVerwBl. **31** 733. Die Bestimmungen des Preußischen Strombauverwaltungsgesetzes v. 20. 8. 83 (GS. 333) ergeben keinen Anhalt dafür, daß in die landesgesetzlichen Vorschriften über den Erwerb des Eigentums und Besitzes eingegriffen und insoweit für die Zwecke dieses Gesetzes einheitliches Recht geschaffen werden sollte. Wäre eine so einschneidende Maßregel beabsichtigt gewesen, so würde sie unbedingt im Gesetz einen deutlichen Ausdruck gefunden haben, und die allgemeine Erwägung, daß die Wirkungen des Gesetzes verschieden sein können, je nachdem das Geltungsgebiet des Allgemeinen Landrechts oder des gemeinen Rechtes in Frage steht, vermag eine andere Auffassung nicht zu begründen.

3. Kloeß, GruchotsBeitr. **54** 296—313. Die Rechtsstellung der Quelle und des Grundwassers nach deutschem Rechte. (305) Nach deutschem Rechte ist das wilde, unbenutzte Wasser, z. B. das unbenutzte Grundwasser, kein Bestandteil des Grundstücks, sondern ist herrenlos. Ferner gehören die Brunnen, Quelladern und Wasser der abfließenden Quellen, sofern sie der gemeinen Nutzung dienen, nicht zum Grundstücke, sondern sind Gemeingut und stehen nur dann in unbeschränktem Eigentume des Grundeigentümers, wenn dieser ein Sonderrecht auf die unbeschränkte Nutzung durch Verleihung oder Verjährung (Ersitzung) erworben hat. Gegen Wasserentziehung durch Einwirkung auf das abfließende Grundwasser, die Quelladern des Quellgrundstücks oder die Quellen eines der gemeinen Nutzung dienenden Gewässers besitzen die unterliegenden Sondernutzungsberechtigten und Anlieger ein Widerspruchsrecht und Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 958. (961) Es unterliegt keinem Bedenken, daß die Fährgerechtigkeiten auf öffentlichen Strömen nach allgemeinem deutschen Privatrechte wie nach dem Preußischen Allgemeinen Landrechte — das französische Recht kommt nicht in Betracht — zu den Regalien und zwar zu den eigentlichen, den sogenannten niederen Regalien gehören. Diese niederen Regalien sind, insbesondere auch nach der für alle Gebiete der Monarchie erlassenen preußischen Kabinettsorder vom 4. 12. 1831 (GS. 255), nicht Staatshoheits- (Majestäts-), sondern fiskalische Rechte. Diese können auch Privatpersonen übertragen werden und sind, insoweit die Übertragung stattgefunden hat, in vollem Umfang und nach allen Richtungen Gegenstand des Privateigentums (Gerber, System des deutschen Privatrechts § 67, Gierke, Deutsches Privatrecht II 27 Anm. 33, 396, 398—404, 621, 622 Anm. 10, RheinA. **53** I 137 ff., **57** II 77 ff., PrALR. I. 15 § 51, II. 14 §§ 24 ff., PrOTr. **34** 297, StriethA. **92** 105). Ein solches Recht stellt eine Gerechtigkeit dar und zwar wenn sie losgelöst ist von dem Besitz eines Grundstücks, eine selbständige Gerechtigkeit (**RG. 57** 34). Die selbständigen Gerechtigkeiten sind frei veräußerungsfähig. Es gelten für sie, wenn die Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt erhalten hat, gemäß Art. 40 PrAGBGB. die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB.

5. Heintz, BayRpflZ. **10** 371, Die Wasserkraft im Grundbuche.

IV. Einzelheiten. 1. HessRspr. **11** 23. Die Führung von Hilfsblättern nach neuem Grundbuchrechte.

2. LG. Mainz, HessRspr. **11** 44. Eintragung von Stockwerkseigentum in das Grundbuch.

3. Moll, GruchotsBeitr. **54** 313 ff. Zur Lehre von den öffentlichen Sachen.

§ 4. Ungenannt, WürttZ. **10** 169. Die Eigentümer sind dieselben, wenn die gleichen Personen ein Grundstück infolge Erbengemeinschaft, ein anderes infolge ehelicher Gütergemeinschaft besitzen, und ebenso wenn den gleichen Personen ein Grundstück zu gesamter Hand, ein anderes in Miteigentum nach Bruchteilen gehört. In beiden Fällen wird ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen und es soll die Eintragung unter Angabe der Bruchteile (die für verschiedene Grundstücke verschieden sein können) oder unter Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses erfolgen (§ 48 GBO.). Das Rechtsverhältnis ist in den angeführten Fällen ein verschiedenes, die Eigentümer sind dieselben. Die Bestimmungen des Reichsrechts lassen hiernach die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts zu. Die nicht näher begründete abweichende Ansicht Güthes, Bem. 5 zu § 4, kann nicht gebilligt werden.

§ 5. 1. Koenen, GruchotsBeitr. **54** 563—567. Das KG. hat in dem in KGJ. **36 A** 191 ff. veröffentlichten Beschlusse für den Fall der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem in einem anderen Grundbuchbezirke belegenen Grundstücke die Zulässigkeit der Teilung der Zuständigkeit für Auflassung und Eintragung verneint. Jedoch mit Unrecht...... Nach BGB. bilden Auflassung und Eintragung zwei verschiedene selbständige gleichwertige Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung..... Ebensowenig wie das BGB. verlangt die GBO. Identität zwischen Auflassungs- und Eintragungsbehörde. Sie läßt vielmehr das Verhältnis von Auflassung und Eintragung vollständig unberührt und überläßt die Regelung der Zuständigkeit für Auflassung und Eintragung der Landesgesetzgebung... Der Übergang des aufgelassenen Grundstücks auf das andere Grundbuchamt vollzieht sich in der Weise, daß das Grundbuchamt der Auflassung das Auflassungsprotokoll nebst Unterlagen (Veräußerungsvertrag, Katasterauszug) in Urschrift oder beglaubigter Abschrift unter Beifügung der Grundakten, deren Tabelle zuvor durch die Übereinstimmungsbescheinigung zu vervollständigen ist, dem anderen Grundbuchamte zuschickt, und dieses dann, falls Auflassungsprotokoll und Beistücke zu keinen Anständen Anlaß geben, nach zuvoriger — im gegenseitigen Einverständnis erfolgter — Abschreibung des Grundstücks vom bisherigen Grundbuchblatte (KGJ. **34 A** 217) die Neueintragung vornimmt, mit deren Vollzuge der Wechsel zugleich im Eigentum und — wie sich aus einer Verallgemeinerung der im Art. 3 AGGBO. für die Zuschreibung als Bestandteil getroffenen Regelung ergibt — auch in der Zuständigkeit eintritt.

2. a) OLG. **20** 401, BayObLG. **10** 630, DJZ. **10** 1471, R. **10** Nr. 570 (BayObLG.) Ob von der Zuschreibung eines Grundstücksteils als Bestandteil eines anderen eine Verwirrung zu besorgen ist, hat das Grundbuchamt nach pflichtmäßigem Ermessen im einzelnen Falle zu entscheiden. Die Möglichkeit einer Verwirrung kann angenommen werden, wenn das Hauptgrundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist, und diese nicht auf den zuzuschreibenden Grundstücksteil erstreckt wird. **b)** ElsLoth. JZ. **10** 207 (Colmar). Eine verschiedene Belastung von Grundstücken, die miteinander vereinigt werden sollen, ist auch dann gegeben, wenn nur eines der Grundstücke mit einer Hypothek belastet, die übrigen aber unbelastet sind.

3. Winkler, BadRpr. **10** 20. Die Vereinigung der Grundbücher.

§ 6. 1. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 142. Das RG. erachtet die Anwendbarkeit des § 1114 für ausgeschlossen, wenn der zum Alleineigentümer gewordene Anteileigentümer für die Forderung, für die eine Hypothek an einem Bruchteile des Grundstücks bereits eingetragen ist, die Bruchteilshypotheken auf das Ganze erstrecken will, vorausgesetzt, daß sogenannte Zwischenrechte

nicht vorhanden sind oder daß deren Inhaber ihre Zustimmung mit gleichzeitiger Rangeinräumung erklären (RJA. **9** 190, JW. **08** 274). Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so wird die Frage, ob die Bruchteilshypothek auf das ganze Grundstück erstreckt werden kann, allerdings zu verneinen sein, um eine Unübersichtlichkeit im GB. hintanzuhalten.

2. Die Entsch. des BayObLG. JDR. **8** zu § 6 Ziff. 1 auch BayObLG. **10** 305.

§ 7. BayObLG., R. **10** Nr. 373. Wird für eine bestehende Kelleranlage ein Erbbaurecht unter Beifügung eines Messungsverzeichnisses samt Plan bestellt, so bedarf es der Wegmessung des tatsächlich von der Unterkellerung ergriffenen Oberflächenteils auch dann nicht, wenn die Plannummer des belasteten Grundstücks zweifellos noch weitere nicht zu unterkellernde Flächen mit umfaßt.

§ 9. KG. KGJ. **39** A 162, DJZ. **10** 316. Das GBA. lehnte nach Abweisung eines von einem Bevollmächtigten gestellten Eintragungsantrags die Rückgabe der eingereichten Vollmachtsurkunde an den Bevollmächtigten ab, weil der Vollmachtgeber die Vollmacht inzwischen widerrufen hatte. KG. mißbilligt dies. Die Frage, wem eine zur Erledigung eines Eintragungsantrags überreichte Urkunde zurückzugeben ist, muß nach privatrechtlichen Gesichtspunkten beantwortet werden. Der Einreicher hat danach einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Justizfiskus auf Rückgabe, sobald die Urkunde nicht mehr für die Erledigung des Antrags gebraucht wird.

§ 12. 1. **RG. 72** 324, SeuffA. **65** 483. Das Berufungsgericht will unter „Beteiligten" im Anschluß an das Urteil des erkennenden Senats vom 1. Mai 1907 (**RG. 66** 107, JDR. **6** zu § 12 GBO. Ziff. 1) diejenigen Personen verstehen, in deren Rechtskreis durch die Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten unmittelbar eingegriffen wird..... Dabei legt es den Satz zugrunde: jemand, der erst nach dem Versehen des Grundbuchbeamten ein Recht am Grundstück erwirbt, könne nur unter besonderen Umständen als Beteiligter angesehen werden, und das Vorliegen solcher Umstände verneint es deshalb, weil der Kläger seinen Schaden nicht dadurch erlitten habe, daß er auf die Richtigkeit des Grundbuchs vertraute. Weshalb gerade nur das Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs als Schadensursache eine Ausnahme von der in jenem Satze ausgesprochenen Regel begründen soll, ist nicht gesagt, ist auch nicht abzusehen. Der Satz ist aber auch nicht richtig. Ohne erkennbaren inneren Grund würde er Personen, die durch pflichtwidrige Unterlassung von Eintragungen an einem Rechtserwerbe verhindert worden sind, aus dem Kreise der nach § 12 GBO. Entschädigungsberechtigten ausschließen. Er steht überdies im Widerspruche mit dem vom Senat in seinem erwähnten Urteil eingenommenen Standpunkte..... „Beteiligter" im Sinne des § 12 GBO. ist vielmehr, entsprechend dem § 839, der Dritte, dem gegenüber dem Grundbuchbeamten die verletzte Amtspflicht obliegt..... Die dem Grundbuchbeamten durch die GBO. zugewiesene Tätigkeit dient, wie die ganze Grundbucheinrichtung, dem rechtsgeschäftlichen Verkehr auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechts. Von ihrer pflichtmäßigen Ausübung hängt die Sicherheit dieses Verkehrs ab. Die Amtspflicht, die gehörige Sorgfalt auf sie zu verwenden, liegt dem Grundbuchbeamten, demgemäß auch nicht nur demjenigen gegenüber ob, auf dessen Antrag er tätig geworden ist oder tätig werden soll, sondern allen denjenigen gegenüber, die in betreff der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse auf jenem Gebiet auf die pflichtmäßige, insbesondere pünktliche Ausübung der Tätigkeit angewiesen sind.

2. a) **RG.** R. **10** Nr. 165. Der Grundbuchführer kann in der Regel nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß unbefugterweise ein Kanzleigehilfe die für die Beteiligten bestimmten Benachrichtigungsschreiben aus dem Gerichtsschreibereifache wegnimmt und ihre Zustellung an die richtige Adresse vereitelt.

b) **RG.** R. **10** Nr. 166. Ein Kanzleigehilfe, der unbefugterweise aus dem Gerichtsschreibereifach ein Benachrichtigungsschreiben wegnimmt, ist, wenn er zwar anderweit mit der Bearbeitung von Grundbuchsachen betraut wurde, die in Rede stehende Grundbuchsache aber nicht mitbearbeitet hat, hinsichtlich der Haftbarkeit des Staates nicht als Grundbuchbeamter im Sinne des § 12 GBO. anzusehen.

3. **RG.** ZBlFG. **10** 729, WarnE. **3** 166. Irrig ist die Meinung des Berufungsrichters, es sei die von dem Grundbuchrichter beobachtete Praxis der Teilung gleichzeitiger Anträge, die dem Grundbuchführer bekannt gewesen sei, für die Beurteilung des Grades der Fahrlässigkeit des Grundbuchführers von keiner Bedeutung. Kam es öfter vor, daß der Grundbuchrichter Eingänge nur zum Teil abverfügte und wegen der darin enthaltenen weiteren Anträge die Wiedervorlegung anordnete, und war dies dem Grundbuchführer bekannt, so durfte er annehmen, daß der Grundbuchrichter in derartigen Fällen den noch nicht völlig erledigten Eingang im Gedächtnisse behalte und daher ein Vorlegungsvermerk mit irgendeinem Hinweis auf die frühere Verfügung genüge, um den Grundbuchrichter darauf aufmerksam zu machen, daß der Eingang, auf dem die frühere Verfügung erlassen worden, noch nicht vollständig erledigt sei. Allerdings konnte dies dem Grundbuchführer nicht völlig zur Entschuldigung gereichen. Bei der Wichtigkeit rechtzeitiger Erledigung von Eingängen in Grundbuchsachen, insbesondere in Hinsicht der Rangverhältnisse der Eintragungen, war er den Beteiligten gegenüber verpflichtet, ohne Rücksicht auf die von dem Grundbuchrichter beobachtete Praxis die auf weitere Erledigung des Einganges gerichtete Wiedervorlegungsverfügung derart zur Ausführung zu bringen, daß ein Übersehen der Nichterledigung des Einganges ausgeschlossen war. Aber eine grobe Fahrlässigkeit kann dem Grundbuchführer nicht zur Last gelegt werden. Unter grober Fahrlässigkeit ist die Unterlassung jeder, auch der geringsten Sorgfalt und Aufmerksamkeit zu verstehen. Hätte der Beklagte den neuen Eingang ohne jeden Vermerk bezüglich der Verfügung auf dem früheren Eingange vorgelegt, so hätte er allerdings jede Aufmerksamkeit außer acht gelassen und daher grobfahrlässig verfahren. Da er aber durch den Vermerk auf dem neuen Eingange hingewiesen hat auf die Verfügung, die der Grundbuchrichter auf dem früheren noch nicht vollständig erledigten Eingang erlassen hatte, kann seine Fahrlässigkeit in Anbetracht der vom Grundbuchrichter beobachteten, ihm bekannten Praxis als eine grobe nicht angesehen werden.

4. **RG. 72** 324, JW. **10** 159, SeuffA. **65** 483. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Schaden und der Nichteintragung ist auch dann gegeben, wenn man der Lehre von der sogenannten adäquaten Verursachung, wie es in der neueren Rechtsprechung, namentlich auch des Reichsgerichts geschieht, dahin Raum gibt, daß ein ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinne dann nicht angenommen werden kann, wenn der Schaden eine jenseits aller Erfahrung und Berechnung liegende (im Sinne des § 4 I. 6 PrALR. nur zufällige) Folge der Pflichtverletzung, der Zusammenhang zwischen beiden nur durch eine Verkettung mit anderen, von der Pflichtverletzung unabhängigen, in keiner Weise erkennbaren oder berechenbaren Umständen begründet oder sonst ein so entfernter ist, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise als solcher nicht mehr in Betracht gezogen werden kann..... Der ursächliche Zusammenhang im Rechtssinn erfordert dagegen keinesfalls, daß die Pflichtverletzung die einzige Ursache des Schadens sei, und er wird dadurch, daß der Schaden auch noch eine zweite Ursache hat, um so weniger beseitigt oder unterbrochen, als hierdurch der Schaden nicht selbständig und unabhängig von der Nichteintragung herbeigeführt, sondern lediglich seine Entstehung infolge der Nichteintragung nicht verhütet worden ist.

5. **RG.** ZBlFG. **11** 254. Ein Mitverschulden des Geschädigten liegt nicht vor, wenn dieser sich auf den Grundbuchbeamten verlassen und das Grundbuch nicht eingesehen hat.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13 ff. I. Zulässigkeit der Eintragungen. 1. KG., KGJ. **39** A 210, OLG. **21** 37. Die Eintragung von Baubeschränkungen zugunsten einer preußischen Polizeibehörde ist inhaltlich unzulässig, wenn die Aufführung der Behörde als Berechtigte nicht etwa bloß eine falsche Bezeichnung für den Fiskus oder die Stadtgemeinde ist.... Dies folgt daraus, daß als Berechtigter im Grundbuche nur eingetragen werden kann, wer möglicher Träger eines Rechtes ist, daß die Rechtsordnung als Träger von Rechten nur natürliche und juristische Personen kennt und daß die preußischen Polizeibehörden nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet sind.

2. ElsLothJZ. **10** 378, ElsLothNotZ. **10** 241 (Colmar). Nur auf den Namen eines Lebenden kann eine Eintragung im Grundbuch erfolgen. Die Unzulässigkeit einer Eintragung für einen Verstorbenen ist auch dann anzunehmen, wenn er zur Zeit der Eingehung des Antrags bei dem Grundbuchamt noch lebte.

3. a) BayObLG., BayObLG. **10** 341. Nach dem gemeinen Rechte können durch Pfändung eines Erbteils als solchen für den Gläubiger des Miterben Pfandrechte an dem Anteile des Schuldners an den Nachlaßgegenständen, namentlich an den Nachlaßgrundstücken, nicht entstehen. Daher kann auf Grund eines Pfändungsbeschlusses solchen Inhalts nicht eine Protestation auf den Blättern der Nachlaßgrundstücke eingetragen werden. b) ElsLothNotZ. **10** 23 (Colmar). Auf Grund eines Arrestbefehls in Erbansprüche eines Schuldners kann bei den Nachlaßliegenschaften im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung nur eingetragen werden, wenn in Vollziehung des Arrestes ein entsprechender Pfändungsbeschluß bezüglich des Erbanspruchs gemäß § 857 ZPO. erwirkt ist und dieser Beschluß dem Miterben des Schuldners als Drittschuldner zugestellt ist. c) LG. Leipzig, SächsRpflA. **10** 16. Die Verlautbarung der Pfändung eines uneintragbaren und uneingetragenen Anspruchs im Grundbuch ist unzulässig. d) BayObLG., SeuffBl. **10** 293, ZBlFG. **10** 676. Die Eintragung der Pfändung einer Buchhypothekenforderung im Grundbuche beim Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung, inhaltlich welcher die Zwangsvollstreckung aus dem Pfändungsbeschlusse vorläufig eingestellt ist, ist unzulässig.

4. a) **RG.** SeuffA. **65** 325. Die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Teilbarkeit eines Grundstücks kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Ebenso b) Rostock, R. **10** Nr. 3003, SeuffA. **65** Nr. 169, OLG. **21** 407.

5. Jacobsohn, DNotV. **10** 919. Die Vorbehaltsguteigenschaft kann im Grundbuch eingetragen werden. ➠ aM. die herrschende Meinung. Red. ⇐

6. LG. Mainz, HessRspr. **11** 91. Die Vereinigung mehrerer Hypotheken zu einer Hypothek ist unzulässig.

7. LG. Colmar, ElsLothJZ. **10** 159. Die an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand sowohl nach altem wie neuem Rechte Beteiligten können gemeinschaftlich einem von ihnen auf einem zur Gemeinschaft gehörigen Grundstücke rechtswirksam eine Sicherungshypothek bestellen. Der im BGB. festgehaltene Grundsatz, daß Rechte an eigener Sache nur in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Ausnahmefällen bestellt werden dürfen, steht dem nicht entgegen, da nicht der einzelne an der Gemeinschaft Beteiligte, sondern nur die Beteiligten zusammen das Verfügungsrecht an den gemeinschaftlichen Grundstücken besitzen (§ 2033 Abs. 2 BGB.). Derselbe Zweck

kann aber einfach durch Vormerkung einer Verpfändung und der sich daraus ergebenden Verfügungsbeschränkung erreicht werden.

8. BayObLG., BayObLG. **11** 1. Die Bestimmung eines Kaufvertrags über ein Wirtschaftsanwesen, wonach der Kaufpreis sich um einen nicht unerheblichen, durch Hypothekeintragung gesicherten Betrag erhöhen soll, wenn von dem Käufer oder seinen Rechtsnachfolgern der vereinbarte Bierbezug aus der Brauerei des Verkäufers eingestellt wird, stellt sich als eine Umgehung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 und des § 10 GewO. dar und verstößt gegen die Grundsätze der persönlichen Freiheit und der gewerblichen Freizügigkeit sowie gegen die guten Sitten. Die hieraus sich ergebende Rechtsunwirksamkeit der Hypothekeintragung kann der Sonderrechtsnachfolger des Käufers gegen den Verkäufer geltend machen; dabei ist ohne Belang, daß er die Sachlage bei dem Erwerbe des Anwesens gekannt hat.

9. Die Entsch. des KG. JDR. **8** zu §§ 13 ff. Ziff. I 1a auch KGJ. **38** A 210.

10. **a)** Planck-Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs (2) 120. Nach einer im ZBlFG. **5** 640 (OLG. **10** 86) aufgeführten Entscheidung des KG. darf die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nur eingetragen werden, wenn das Darlehen schon ausbezahlt ist. § 794 Ziff. 5 ZPO. setze einen schon bestehenden Anspruch voraus. Wenn erklärt wird, die Schuldner haben das Darlehen erhalten, so weiß jeder Beamte, daß die Erklärung der Wahrheit noch nicht entspricht. Die Bank zahlt erst aus, wenn sie den Hypothekenbrief erhalten und geprüft hat. Es müßte deshalb der Grundbuchbeamte, der die Kammergerichtsentscheidung für richtig ansieht, die Eintragung ablehnen..... Die Kammergerichtsentscheidung wird vom theoretischen Standpunkte aus kaum anfechtbar sein, für die Praxis ist sie unbrauchbar. Es ist nicht anzunehmen, daß die Entscheidung Beachtung findet, denn sie widerspricht zu sehr dem praktischen Bedürfnisse. Die Nichtbefolgung kann wohl kaum unliebsame Folgen haben, denn der Mangel der Auszahlung wird in kurzer Zeit geheilt. Gegen die Kammergerichtsentscheidung: LG. Mainz, ZBlFG. **7** 396. **b)** du Chesne, WürttZ. **10** 97—100. Änderungen im Inhalte der Hypothek, also im materiell-rechtlichen Bestande der Forderung oder der dinglichen Belastung können an der Vollstreckbarkeit nichts ändern. Nur eine vollkommene Aufhebung des Schuldtitels bzw. des materiellen Rechtsverhältnisses würde auch seine prozessuale Intensität verschwinden lassen. Solange aber eine vertragsmäßige Änderung des materiell-rechtlichen Hypothekeninhalts sich nicht ausdrücklich auf die Vollstreckbarkeit erstreckt, solange bleibt es hinsichtlich ihrer beim alten. Werden also z. B. Abänderungen in den Fälligkeitsbestimmungen eingetragen, so bleibt die abgeänderte Hypothek so lange vollstreckbar gemäß § 800 ZPO., als nicht hierzu eine aufhebende Bestimmung eingetragen wird. Daß die Änderung in den materiellen Bestimmungen einen neuen Eintrag im Grundbuch erfordert und daß im Falle der Vollstreckung eine neue vollstreckbare Urkunde nötig wird, bedingt nicht eine erneute Eintragung gemäß § 800 bei dem Abänderungseintrage. Denn die Vereinbarung der Unterwerfung ist nicht ein Anhängsel der Abänderungsbestimmungen, gehört vielmehr zu der abgeänderten Hypothek und bleibt bestehen, solange diese besteht. Die dingliche Belastung innerhalb der im Grundbuch angegebenen Grenzen ist das vollstreckbare Recht; solange nicht diese Grenzen durch die Abänderungen überschritten und damit neue Belastungen geschaffen werden, solange ist auch die Begründung einer neuen Vollstreckbarkeit gemäß § 800 überflüssig. Eine solche Neubegründung von dinglichen Belastungen liegt insbesondere auch nicht in der Begründung härterer Fälligkeitsbestimmungen; denn auch sie sind nur Änderungen im materiellen Bestande der Hypothek und berühren ihre prozessualen Eigenschaften nicht, da die Hypothek, die mit diesen Eigenschaften ausgestattet ist, dieselbe bleibt. Nur was über den im Grundbuch angegebenen Höchstbetrag der Belastung hinausgeht, bedarf der Verleihung der behandelten

Eigenschaft durch Eintragung eines weiteren Vermerkes nach § 800. Dieser Vermerk ist eben nicht nur eine neue Vollstreckungsklausel, sondern eine dem materiellen Verhältnisse zukommende Eigenschaft. Die erneute Eintragung ist auch überflüssig. Denn der Dritte, der das Grundbuch einsieht, muß, wenn er einen Abänderungseintrag vorfindet, ohnedies auf den ursprünglichen Haupteintrag zurückgehen, wenn er sich über das Wesen des Rechtes und die Belastungsgrenzen unterrichten will, dort aber findet er den ungeänderten Vollstreckungseintrag. Ein neuer Eintrag beim Abänderungsvermerk ist somit überflüssig und wirkungslos und darum unzulässig. Man kann demnach nicht einmal sagen, daß die Neueintragung aus § 800 einem praktischen Bedürfnis entspreche; im Gegenteil, das praktische Bedürfnis erfordert Reinhaltung des Grundbuchs von dergleichen überflüssigen und wirkungslosen Vermerken.

11. **a)** KG. 4. 10. 09, OLG. **20** 410, KGJ. **39** A 205. Die Eintragungsfähigkeit der im Rentengutsvertrag übernommenen Feuerversicherungspflicht ist zu bejahen....... Daraus, daß das Wiederkaufsrecht auch für den Fall der Nichterfüllung einer im Rentengutsvertrage festgesetzten Verpflichtung bestellt werden kann, folgt nicht, daß das Wiederkaufsrecht das einzige Mittel zur dinglichen Sicherung einer derartigen Verpflichtung ist. In den Materialien ist auch an keiner Stelle angedeutet, daß das Wiederkaufsrecht diese Funktion haben und somit die Eintragung der im Rentengutsvertrage festgesetzten Verpflichtungen ausschließen solle. Seine Bedeutung besteht vielmehr für den bezeichneten Fall darin, den gemäß § 4 RentengG. übernommenen Verpflichtungen besonderen Nachdruck zu verleihen, indem an die Verletzung dieser Verpflichtungen die schwerwiegende Folge geknüpft wird, daß das Rentengut dem Eigentümer wieder entzogen werden kann.

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. Stumpf, HessRspr. **10** 166. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Grundbuchrichter das von den Beteiligten vorgelegte Urkundenmaterial zu prüfen hat. Hierzu gehört naturgemäß auch die Feststellung der im Grundbuch eingetragenen Eigentümer der Grundstücke und der Rechtsverhältnisse dieser Eigentümer. Nach Predari (515) ist vom Grundbuchrichter sogar die Zulässigkeit einer im Güterrechtsregister eingetragenen Änderung der güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten selbständig nachzuprüfen. Um wieviel mehr muß dies bei einer im Güterrechtsregister nicht eingetragenen, nur aus den Umständen hervorgehenden oder gerichtsbekannten Änderung geschehen! Der Ansicht, die die Prüfungspflicht, mindestens in beschränktem Umfange, bejaht, dürfte der Vorzug gebühren. Zunächst genießt das Grundbuch den höchsten öffentlichen Glauben; es bildet die Unterlage des Verkehrs der wichtigsten Eigentumsobjekte, des Grund und Bodens und der darauf ruhenden Rechte. Gesetz und Staat garantieren dem Bürger die Zuverlässigkeit und Richtigkeit des Grundbuchinhalts, d. h. das Grundbuch soll dartun, unter welchen Rechtsverhältnissen ein Grundstück jeweils steht. Das erste Bestreben der mit der Bearbeitung der Grundbuchsachen betrauten Beamten muß deshalb darauf gerichtet sein, das Grundbuch richtig zu erhalten. Soll das aber der Beamte, so muß er den Antrag vor der Eintragung prüfen und ihn auch bei Mängeln materieller Art, die sich aus seiner amtlichen Kenntnis, den Urkunden, den Erklärungen der Beteiligten oder den sonst in glaubhafter Weise zu seiner Kenntnis gekommenen Tatsachen ergeben, zurückweisen dürfen. Verneint man aber diese Befugnis des Richters und verlangt man von ihm, daß er sogar Anträge zu wahren hat, die er materiell für falsch hielt und nach den angegebenen Unterlagen für falsch halten muß, so ist überhaupt eine Schranke gegen materiell unrichtige Anträge nicht mehr vorhanden, dann ist die Handhabung und Beobachtung des materiellen Rechtes lediglich den Beteiligten anvertraut. Damit ist es aber auch unmöglich, eine Gewähr nur einigermaßen dafür zu übernehmen, daß das Grundbuch mit den bestehenden materiellen Gesetzesvorschriften überein-

stimme. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist dann illusorisch, um so mehr, als der Behelf des Berichtigungsverfahrens sehr zweifelhafter Natur ist.

2. Kriener, BayRpflZ. **10** 372. Erhielt der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Mann ein Grundstück aufgelassen und beantragt er seine alleinige Eintragung, so kann der Richter einen verschiedenen Standpunkt einnehmen. 1. Er kann sagen: Der Richter ist nach dem für das Grundbuchrecht sehr eingeschränkten Legalitätsprinzipe nur verpflichtet und berechtigt, zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen der Eintragung vorliegen, also besonders die Eintragungsfähigkeit der beantragten Eintragung, die Geschäftsfähigkeit der Parteien und nach § 20 GBO. die Einigung. Im übrigen ist der Richter an den Antrag der Parteien nach § 13 GBO. gebunden; dieser Antrag geht aber dahin, daß nur A. als Eigentümer eingetragen werden soll, infolgedessen ist diesem Antrag ohne weiteres stattzugeben. 2. Der andere Standpunkt ist der: Es ist Pflicht des Richters, bewußt irrige Einträge zu verhüten. Dazu stehen nun vier verschiedene Wege offen: a) Zurückweisung des des Antrags oder Fristsetzung nach § 18 GBO.; b) der Richter lädt die Erwerber selbst vor und läßt sie Buchungsantrag stellen; c) der Richter gibt der Eintragung in Abteilung I ohne weiteres folgende Fassung: A., zu Gesamtgut erworben; d) der Richter trägt als Eigentümer ohne weiteres ein: A. und B., in allgemeiner Gütergemeinschaft lebend. Die Wege a, c, d sind unzulässig, der Weg zu b nicht ratsam.

3. Josef, BuschsZ. **40** 285—320. Dem Grundbuchamte steht, wenn die Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung beantragt wird, die Prüfung der Richtigkeit der prozeßgerichtlichen Entscheidung und des Rechtskraftzeugnisses nicht zu, folglich auch nicht die Prüfung der Frage, ob die Zustellung des Schuldtitels zu Recht erfolgt ist, und ob eine Partei durch den im Schuldtitel bezeichneten Bevollmächtigten rechtmäßig vertreten war. Ebensowenig steht dem Grundbuchamte, wenn die Eintragung aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde beantragt wird, die Prüfung zu, ob der Notar von der Erteilung der Vollstreckungsklausel ausgeschlossen war. Während die Ausschließung des Notars von der Aufnahme der vollstreckbaren Urkunde als einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich nach den §§ 170, 171 FGG. regelt, regelt sich die Ausschließung des Notars von der Erteilung der Vollstreckungsklausel, da dies eine Handlung der streitigen Gerichtsbarkeit ist, nach § 41 ZPO.

4. Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 225. Auf grundbuchrechtlichem Gebiete weist die relative Unwirksamkeit keine Besonderheiten auf. Die Frage nach der Grundbuchsperre für relativ unwirksame Verfügungen läßt sich nicht einheitlich entscheiden. Im wesentlichen sind überhaupt Gründe des formellen Grundbuchrechts, nicht aber der Konstruktion und Begrenzung der relativen Unwirksamkeit hierbei ausschlaggebend. Klar läßt dies besonders ein Vergleich der die Grundbuchsperre für die Fälle der §§ 161 BGB. und 6, 7 KO. befürwortenden Darlegungen mit den auf die Öffnung des Grundbuchs hinzielenden Erklärungen zu §§ 883, 2213 BGB. und § 23 ZVG. erkennen.

5. LG. Cöln 7. 1. 10, RheinARV. **27** 263. Es ist nicht Aufgabe und Pflicht des Grundbuchamts, Schädigungen zu vermeiden, die möglicherweise durch Eintragung der Grundstücke auf den Namen des Mannes allein entstehen können. Das Grundbuchamt hat vielmehr allein zu untersuchen, ob die formellen Voraussetzungen der Eintragungen rechtswirksam erfüllt sind. Das Grundbuchamt kann daher die begehrte Eintragung nicht aus dem Grunde ablehnen, weil der Erwerber in einer Rechtsgemeinschaft lebt, von der der Erwerb kraft Gesetzes ergriffen wird.

6. ThürBl. **57** 211 (Jena). Ergibt sich, daß der Buchstand der Wirklichkeit nicht entspricht, daß also das Grundbuch unrichtig geworden ist, so darf das Grundbuchamt das Buchrecht nicht als wirkliches Recht behandeln. Denn es ist zu einem Scheinrechte geworden, und die formell-grundbuchrechtliche Legitimation

des Buchberechtigten ist durch den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs entkräftet. Für die Richtigkeit dieser Ansicht bietet der § 54 GBO. eine wesentliche Stütze. Hier ist bestimmt, daß das Grundbuchamt von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen hat, wenn sich ergibt, daß es unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Daraus erhellt deutlich der Wille des Gesetzes, daß für das Grundbuchamt der Inhalt des Grundbuchs dann nicht mehr maßgebend sein soll, wenn seine Unrichtigkeit feststeht. Die gegenteilige Annahme würde zu der unannehmbaren Forderung führen, daß der Grundbuchrichter zu einer Verschleierung und Verschiebung der wirklichen Rechtslage seine Hand bieten müßte.

7. MecklZ. **28** 186 (Rostock). Nach der GBO. ist es Sache des eine Grundbuchberichtigung Beantragenden, die Unrichtigkeit der Eintragung nachzuweisen, und es besteht keine amtliche Pflicht zur Ergänzung mangelhafter Nachweise.

8. DJZ. **11** 98 (BayObLG.). Das GBAmt hat die Berichtigung des Grundbuchs abzulehnen, wenn aus den mit der Bewilligungserklärung des eingetragenen Eigentümers vorgelegten Urkunden sich ergibt, daß eine der Bewilligung entsprechende Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde.

9. KGJ. **38** A 333 (Jena). Das Grundbuchamt darf regelmäßig n i c h t den Nachweis verlangen, daß ein in das Grundbuch einzutragender Hypothekengläubiger, der als rechtsfähige Person existieren kann, in Wirklichkeit existiert.

10. ElsLothJZ. **10** 555 (Colmar 3. 8. 10). Eine an sich gerechtfertigte Eintragung darf nicht von der vorgängigen Berichtigung einer mit ihr nicht in Zusammenhang stehenden unrichtigen Eintragung abhängig gemacht werden.

11. W e i ß e r , BadNotZ. **10** 39. Das Urteil auf Zahlung an einen Dritten ist nicht geeignet, die Grundlage für eine Urteilshypothek zu geben.

12. R. **10** Nr. 983 (BayObLG.). Die Beweisregeln des Zivilprozesses gelten für das Grundbuchverfahren nicht.

13. KG., SchlHolstAnz. **10** 301. Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, bei vorliegenden Bedenken einen Nachweis darüber zu verlangen, daß die im Erbschein als Alleinerbin bezeichnete Ehefrau güterrechtlich zur alleinigen Verfügung über eine Nachlaßhypothek berechtigt ist.

III. R e c h t s h i l f e. **RG.** WarnE. **3** 317. Dem OLG. ist darin beizutreten, daß es sich um ein Rechtshilfegesuch im gesetzlichen Sinne überhaupt nicht handelt. Freilich besteht der Grund dafür nicht etwa darin, daß das Amtsgericht in G. seine Befugnisse überschritten hätte, als es dem Ansuchen der A. G.schen Eheleute entsprach und das Amtsgericht in K. aufforderte, die Beitrittserklärung des M. L. zu beurkunden. Dies geschah vielmehr in einer zutreffenden Beurteilung allgemeiner richterlicher Pflichten. Denn daß M. L. bereit ist, die erforderliche Erklärung abzugeben und er dazu nicht erst, wie das OLG. annimmt, veranlaßt zu werden braucht, kann nach dem Inhalte der Akten nicht bezweifelt werden. Es kam also nur darauf an, ihm mitzuteilen, zu welcher Stunde und an welchem Orte sich die nachgesuchte Amtshandlung in einer dem Gerichte bequemen Weise am besten erledigen ließ. Dabei wäre die dem Beurkundungsgericht obliegende Amtstätigkeit, sowie die mit dem Geschäfte verbundene Mühewaltung der Beteiligten in besonderem Maße auch noch dadurch erleichtert worden, daß dem Beurkundungsgerichte die Akten mit den bereits aufgenommenen beiden Verhandlungsprotokollen übersandt wurden. Nun sind aber die Gerichte von der allen öffentlichen Behörden obliegenden Dienstpflicht, die Erledigung ihrer Amtsgeschäfte sowohl sich wechselseitig als auch den beteiligten Privatpersonen nach Möglichkeit zu erleichtern, keineswegs ausgenommen. Die in dem Schreiben vom 25. 2. 10. enthaltene Aufforderung hielt sich daher durchaus in den Grenzen dieser zugleich dem Gemeinwohle förderlichen Verpflichtung. Auf der anderen Seite kann kein Zweifel darüber gelassen werden, daß das angegangene Amtsgericht in K. keine

genügende Veranlassung hatte, dem durch das Amtsgericht in G. vermittelten Beurkundungsgesuch auszuweichen..... Allein das RG. befindet sich nicht in der Lage, der Weigerung des Amtsgerichts K. seinerseits abzuhelfen. Es ist richtig, daß die zur eigenen Sachzuständigkeit des Amtsgerichts in G. gehörende Tätigkeit mit der Aufnahme der beiden Protokolle vom 25. 2. 10 abgeschlossen war. Die ihm nach § 167 FGG. obliegende Beurkundungstätigkeit war beendet und als Grundbuchbehörde wird es erst wieder in Tätigkeit zu treten haben, sobald alle Urkunden, auf die der Eintragungsantrag gestützt ist, ihm fertig vorliegen. Das Schreiben vom nämlichen Tage lag seinem Inhalte nach nicht im Bereich einer dieser beiden Sachzuständigkeiten, sondern es dient dem äußeren allgemeinen Geschäftsverkehre, wie er zwischen den Behörden untereinander sowie zwischen ihnen und den Privatbeteiligten stattfindet. Unter einem sachlichen Gesichtspunkte betrachtet, betraf es nicht eine eigene Angelegenheit des Amtsgerichts in G., sondern eine Angelegenheit des Amtsgerichts in K., und zwar einen unter § 167 FGG. fallenden einzelnen Beurkundungsakt. Aus diesem Grunde allein kann dem Schreiben die Bedeutung eines Ersuchens um Rechtshilfe nicht beigemessen werden.

§ 13. 1. SächsOLG. **31** 445 (Dresden). Antragsberechtigt ist nach § 13 Abs. 2 GBO. derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten sie erfolgen soll. Antragsberechtigt sind also nur die unmittelbar Beteiligten, das sind bei der Eintragung der Abtretung einer Hypothek der alte und der neue Gläubiger. Der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks gehört nicht dazu. Er hat wohl ein wirtschaftliches Interesse an der Abtretung, insofern er dadurch einen neuen Gläubiger erhält; sein Recht, das Eigentum an dem Grundstücke, wird dadurch aber nicht betroffen, da die Belastung des Grundstücks trotz der Abtretung ganz die gleiche bleibt. Hiernach steht dem Eigentümer auch nicht das Recht zu, sich über die erfolgte Ablehnung des Antrags auf Eintragung einer Abtretung zu beschweren.

2. *du Chesne, WürttZ. **10** 289 ff. Die am Grundbuchverfahren Beteiligten sind verschieden und in verschiedener Weise beteiligt, je nachdem das einzelne Verfahren Offizialverfahren ohne Antragserfordernis, Antragsverfahren ohne Beweislast oder Antragsverfahren mit Beweislast (Eintragungsverfahren) ist; sämtliche Verfahren kommen im Grundbuchverfahren vor.

§ 14. 1. BayObLG. **11** 103. Ist auf Grund des § 22 Abs. 2 GBO. zur Eintragung des Schuldners als Eigentümer noch die Zustimmung Dritter erforderlich, so wird diese nicht dadurch entbehrlich, daß der Inhaber des vollstreckbaren Titels die Grundbuchberichtigung beantragt. Sein Gläubigerrecht kann nicht die Rechte Dritter verkürzen, die zu ihm in keinerlei Beziehung stehen. In diesem Sinne spricht sich auch Güthe (GBO. Anm. 15 Abs. 2 Z. § 14 GBO.) aus. Der von ihm als Beleg für eine abweichende Meinung angeführte Beschluß des OLG. Braunschweig vom 2. Juni 1900 (SeuffA. **56** 254) hat den Fall des § 14 GBO. nicht im Auge.

2. Fromm, GruchotsBeitr. **54** 69—79. Daß der Sequester auch die Eintragung der Sicherungshypothek des § 848 ZPO. zu beantragen hat, ist im § 848 Abs. 2 nicht gesagt. Man wird daher annehmen müssen, daß das Antragsrecht gemäß § 13 GBO. dem Schuldner und den Gläubigern zusteht. AM. Voß, ZBlFG. **11** 403.

§ 15. 1. R. **10** Nr. 3254 (Colmar). Der Notar, von dem die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet ist, gilt, wenn mehrere Antragsberechtigte vorhanden sind, als ermächtigt, für jeden von ihnen durch seine Antragsstellung beim Grundbuchamte tätig zu werden; stellt er den Antrag ausdrücklich nur für einen der Beteiligten, so kann der andere selbst dann nicht als Antragsteller zur Entrichtung der Gebühren für einen Eintragungsantrag herangezogen werden, wenn derjenige Antragsberechtigte, für den der Notar den Antrag gestellt hat, zu den von der Entrichtung von Gebühren befreiten Personen gehört.

2. ElsLothNotZ. **10** 144 (Colmar). Wenn in einer zugunsten einer öffentlichen Vorschußkasse ausgestellten Schuldurkunde Eheleute als Schuldner die Eintragung einer Sicherungshypothek bewilligen und beantragen, und der Notar bei Vorlage des Auszugs aus der Urkunde den Eintragungsantrag wiederholt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er diesen Antrag sowohl für die Schuldner wie für die Gläubigerin stellte.

3. R. **10** Nr. 2884, DJZ. **10** 888 (BayObLG.). Die Bestimmung über die Reihenfolge, in der mehrere Eintragungen erfolgen sollen, kann von dem beurkundenden Notar getroffen werden.

§ 16. 1. SeuffA. **65** 173, R. **10** Nr. 1816 (Dresden). Die Bedingung, wonach die bewilligte Eintragung von der Vornahme einer anderen (von demselben Grundbuchamte zu bewirkenden) Eintragung abhängig gemacht wird, kann einer Eintragungsbewilligung hinzugefügt werden. Die Hinzufügung hat zur Folge, daß die bewilligte Eintragung nur vorgenommen werden darf, wenn auch die andere Eintragung möglich ist und so die Anträge einheitlich erledigt werden können.

2. Die Entsch. des BayObLG., JDR. **8** zu § 16 Ziff. 2, auch BayObLG. **10** 329.

§ 18. I. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 65. Die Fassung „hat entweder zurückzuweisen oder zu bestimmen" schließt keineswegs aus, daß das Grundbuchamt auf einfacherem Wege oder durch eigene Mithilfe die Beseitigung von Eintragungshindernissen herbeiführt. Enthält ein Antrag infolge eines öffentlichen Irrtums oder Versehens des Antragstellers oder des beurkundenden Notars einen leicht zu beseitigenden Mangel, oder beruht der Antrag auf einem offensichtlichen Irrtume, so kann (DA. § 72) dem Antragsteller vor der Erlassung einer förmlichen Zwischenverfügung Gelegenheit zur sofortigen Ergänzung oder Berichtigung oder zur Zurückziehung des Antrags gegeben werden. Dies Verfahren ist namentlich zweckmäßig, wenn der Antrag durch Vermittelung einer Behörde, insbesondere eines Notariats, eingeht und die unverzügliche Beseitigung des Mangels zu erwarten ist. Geht, ehe der durch die formlose Erinnerung gerügte Mangel des früher gestellten Antrags gehoben ist, ein weiterer Antrag ein, durch den dasselbe Recht betroffen wird, so hat das GBAmt sofort eine förmliche Verfügung zu erlassen, in der unter Anwendung des § 18² eine Frist zur Hebung des Hindernisses bestimmt oder der Eintragungsantrag zurückgewiesen wird. Die Fristbestimmung kann, auch ohne daß ein weiterer Antrag eingeht, geschehen, wenn der Antragsteller die ihm aufgegebene Ergänzung, Berichtigung oder Zurücknahme des Antrags verzögert oder wenn sich sonst ergibt, daß die Bestimmung einer Frist zur Hebung des Hindernisses erforderlich ist.

II. KG., KGJ. **38** A 195, RJA. **10** 226, SeuffA. **65** 44, DJZ. **10** 316. Der Notar gilt als ermächtigt, „im Namen eines Antragsberechtigten" die Eintragung zu beantragen. Daraus folgt, daß der Antragsberechtigte, für den der Notar den Antrag stellt, als Antragsteller zu betrachten ist. Darum ist der Antragsberechtigte insbesondere auch als Kostenschuldner im Sinne des § 1 PrGKG. anzusehen (Mügel, PrKostG. [5] § 1, PrGKG. Anm. 4).

III. Die Zwischenverfügung. 1. du Chesne, DNotV. **10** 112 bis 117. Die Zwischenverfügung ist ein dem Eidesurteile des Zivilprozesses ähnliches Glied des Verfahrens; durch sie werden diejenigen tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers, die des Beweises noch bedürfen, und ebenso diejenigen Tatsachen, die an sich, weil durch eine Vermutung gedeckt, nicht einmal behauptet zu werden brauchen, im Falle, daß diese Vermutung durch Gegentatsachen entkräftet ist, zum Beweise verstellt. Hiernach setzt die Zwischenverfügung tatsächliche Behauptungen und zu ihnen gehörige, durch Vermutungen gedeckte Tatsachen voraus. Die Form, in der die zur Begründung des Eintragungsverlangens bestimmten Behauptungen an das Grundbuchamt gebracht werden,

ist der Antrag; mit ihm werden die Eintragungsgrundlagen dem Grundbuchamte zur Kenntnis gebracht, mit ihm wird auch der Zweck bezeichnet, zu dem sie verwendet werden sollen. Der Antrag leitet sonach das regelmäßige Eintragungsverfahren ein, nur er setzt regelmäßig den Verfahrensmechanismus in Bewegung und gibt die formale Grundlage des Eintragungsverfahrens ab. Das Grundbuchamt darf daher von sich aus nichts anderes an seine Stelle setzen..... Damit soll nicht gesagt sein, daß das Grundbuchamt nicht in der Lage wäre, auf die Stellung eines andern Eintragungsverlangens hinzuwirken. Es steht nichts im Wege, daß der Grundbuchbeamte den Antragsteller darauf aufmerksam macht, daß sein Antragszweck auf Grund der Eintragungsunterlagen nicht erreicht werden könne, und daß ein anderes seinem Interesse entsprechendes Ziel auf Grund dieser Unterlagen erreichbar sei. Nur ist dies, mag es auch schriftlich geschehen und als Entscheidung bezeichnet werden, keine Entscheidung im Sinne des Gesetzes, sondern ein Rat, die Kundgabe einer Rechtsansicht mit dem Anheimstellen, sich ihr anzuschließen. Es ist daher auch gegen sie keine Beschwerde zulässig, wie sie es gegenüber einer wirklichen Zwischenverfügung doch wäre.

2. Schneider, BayRpflZ. **10** 379. Der Grundbuchrichter darf die Zwischenverfügung, wenn der Betrag einer Zwangshypothek nicht auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird, nur in der Weise erlassen, daß er selbst die Verteilung des Betrags auf die einzelnen Grundstücke vornimmt, um im Falle einer notwendig werdenden Vormerkung die Hauptsumme in verteilten Beträgen eintragen zu können, und daß er für diese eigenmächtige Verteilung die Zustimmung und den Antrag des Antragstellers einholt. So allein kann die Vormerkung einen erlaubten Inhalt gewinnen, nämlich einen einzigen individuellen Inhalt und nicht unzählige Inhaltsmöglichkeiten. ..... Sollte aber der Antragsteller der durch den Grundbuchrichter vorgenommenen Verteilung des Betrags seine Billigung verweigern, sollte er der Zwischenverfügung mithin nicht das geben, was ihr fehlt, um zur Eintragungsverfügung zu werden, nämlich den ausdrücklich gestellten Antrag auf Eintragung der bereits individuell bezeichneten Teilbeträge, so wäre sein Antrag zurückzuweisen...... Der Vollstreckungstitel darf bei der Zwischenverfügung nicht zurückgegeben werden, damit nicht der Gläubiger die Möglichkeit besitzt, sowohl durch eine Vormerkung im Grundbuche den Grundbesitz des Schuldners zu binden, als auch seine sonstige Habe anzugreifen.

3. du Chesne, DNotV. **10** 112—117. Die Frage, ob die Zwischenverfügung des § 18 dann anwendbar ist, wenn nur eine geänderte Eintragungsbewilligung zu der angestrebten Eintragung würde führen können, wird — mit dem KG. — zu bejahen sein. Freilich liegt in einer Zwischenverfügung, in der z. B. dem Antragsteller aufgegeben wird, die Eintragungsbewilligung eines anderen, als des bisher Bewilligenden, oder die Zustimmung eines Dritten beizubringen, zugleich die Aufforderung, eine zur Schlüssigkeit des Antrags erforderliche Behauptung — daß der andere bewilligt, der Dritte zugestimmt habe — nachzubringen. Aber es handelt sich ja um solche zu behauptende Tatsachen, die nachmals noch herbeigeführt werden können, und die der Antragsteller, dem an der erstrebten Eintragung liegt, im Zweifel auch herbeiführen will. Gibt das Grundbuchamt dem Antragsteller durch Zwischenverfügung auf, solche Tatsachen — Bewilligungen, Zustimmungen — noch zu veranlassen und in beweisender Form zu behaupten, so liegt hierin kein mit dem Antragsprinzip im Widerspruche stehendes Offizialverfahren.

4. KG., KGJ. **39** A 166. Geht bei dem Grundbuchamte der Antrag eines Nichtberechtigten ein, so steht der Mangel der Berechtigung dem Erlaß einer Zwischenverfügung nur insoweit nicht entgegen, als dieser Mangel nachträglich mit rückwirkender Kraft beseitigt werden kann.

IV. Die Vormerkung des § 18 Abs. 2. 1. Das Wesen der Vormerkung. a) KG. 25. 10. 09, RJA. **10** 231, KGJ. **39** A 167. Die Vormerkung dient dazu, dem Rechte, dessen Eintragung der früher gestellte Antrag bezweckt, eine bestimmte Rangstelle zu sichern. Diese Sicherung ist jedoch keine unbedingte. Sie erfolgt vielmehr nur unter der Bedingung, daß der früher gestellte Antrag durch Eintragung erledigt wird. Denn nach § 18 Abs. 2 Satz 2 GBO. wird die Vormerkung von Amts wegen gelöscht, wenn der früher gestellte Antrag zurückgewiesen wird. Die Vormerkung und die durch sie geschaffene Rangsicherung steht und fällt also mit dem Antrage, zu dessen Gunsten sie eingetragen ist. Hängt somit das Schicksal der Vormerkung von dem Antrag ab, so kann ein umgekehrtes Abhängigkeitsverhältnis nicht bestehen, d. h. es kann durch die Vormerkung nicht dem Antrag eine Tragweite verliehen werden, die er ohne die Eintragung der Vormerkung nicht gehabt hätte. Die Vormerkung soll nur verhüten, daß dem Rechte, dessen Eintragung der Antrag bezweckt, der Rang verloren geht, der ihm nach der Zeitfolge der Anträge gebührt. Sie hat aber keinen Einfluß darauf, ob der Antrag begründet ist. Die Entscheidung darüber, ob dem Antrage stattgegeben werden darf, ist daher so zu treffen, als ob die Vormerkung nicht eingetragen worden wäre. Insbesondere ist die Bedeutung von Eintragungshindernissen nicht nach dem Zeitpunkte der Eintragung der Vormerkung, sondern nach dem Zeitpunkte der endgültigen Erledigung des Antrags zu beurteilen. b) Schneider, BayRpflZ. **10** 379. Die Vormerkung der GBO. ist ein prozessualer Rechtsbehelf; sie braucht also zur Grundlage nur einen prozessualen Vorgang, den Eintragungsantrag; ihr Ziel ist, eine rechtliche Aussicht, die infolge des Eintragungsantrags in den Gesichtskreis des Grundbuchrichters gerückt ist, über die noch bestehenden Hindernisse hinweg sicher bis zur Eintragung zu geleiten und so im Dienste eines richterlichen Verfahrens zu stehen, an dem die Rechtsordnung schon an und für sich ein Interesse nimmt, auch wenn es erst Rechte begründen will. c) Scherer, SeuffBl. **10** 706 ff. Die Vormerkung des § 18 Abs. 2 GBO. will nicht den obligatorischen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung (= Einigung + Eintragung) sichern, wie § 883 BGB., sondern den öffentlich-rechtlichen Anspruch des Antragstellers auf Eintragung eines Rechtes d. h. auf Vollendung der Rechtsänderung. .... Das Recht auf Eintragung ist öffentlich-rechtlicher Natur. Es richtet sich gegen den Staat, der hier durch den Grundbuchbeamten vertreten wird. Zur Entstehung gelangt dieser Anspruch nicht mit dem dinglichen Rechtsakt als solchen (die Einigung erzeugt zwar eine Bindung, aber nur zwischen den Vertragsteilen; der Grundbuchbeamte wird dadurch nicht verstrickt), sondern erst durch den Antrag auf Eintragung in Verbindung mit der dinglichen Verfügung..... Nun bestimmt § 866 ZPO., daß der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Urteils Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstücke des verurteilten Schuldners verlangen kann. Es handelt sich also bei der Zwangshypothek um einen publizistischen Anspruch, wie bei §§ 19, 20 GBO., nur mit dem Unterschiede, daß dort die Bewilligung des Passivbeteiligten gefordert wird, während sie hier durch das Urteil ersetzt zu werden scheint. Da die Eintragung einer Zwangshypothek aber der Zwangsvollstreckung dient, müssen die Voraussetzungen der Eintragung bereits im Moment der Antragstellung gegeben sein, um den publizistischen Anspruch überhaupt zu begründen. Daher kann der Grundbuchrichter nur dann die Eintragung einer beantragten Zwangshypothek vormerken, wenn gegen die sofortige Eintragung lediglich grundbuchrechtliche Bedenken bestehen, z. B. ungeeigneter Nachweis der Legitimation des Zessionars des Zwangsvollstreckungsgläubigers oder Nichtvorlage der Zustellungsnachweise, weil der Antragsteller sie verloren oder vorzulegen vergessen hat. Fehlt es dagegen an irgendwelchen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, dann muß der Grundbuchrichter a priori abweisen, mangels eines publizistischen Anspruchs auf Eintragung kann er eine Vormerkung nicht eintragen. d) v. Henle-Schmitt, Das Grund-

buchwesen in Bayern, 66. Der § 18[2] schafft nicht eine neue Art von Vormerkung, sondern gibt nur einen besonderen Anwendungsfall für die Vormerkung des BGB., deren Erfordernisse — abgesehen von der einstweiligen Verfügung — er voraussetzt; es kann deshalb auf Grund des § 18[2] nur eine Vormerkung eingetragen werden, die auf Grund des § 883 BGB. zulässig ist, also nur eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechtes. Einen unter § 883 fallenden Anspruch hat z. B. nicht der Gläubiger, der einen Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek gestellt hat, sein Anspruch geht auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrags und nicht auf Bestellung einer Hypothek, das GBAmt darf deshalb die Vormerkung einer Zwangshypothek nicht eintragen.

2. Die Eintragung der Vormerkung. Planck-Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs (2) 115. Eine Bezugnahme ist im Gesetze bei der Vormerkung oder dem Widerspruche des § 18 GBO. nicht vorgesehen. Fuchs (213 Anm. 27) hält sie deshalb für unzulässig. Oberneck hat in der ersten Auflage (850) auf den Antrag Bezug genommen, in der zweiten Auflage (II 277) diese Bezugnahme weggelassen, offenbar deshalb, weil er sie jetzt für bedenklich hält. Güthe 325 nimmt auf die Eintragungsbewilligung Bezug und führt die gegenteilige Anschauung ohne weitere Ausführung an. Trotzdem hiernach die Zulässigkeit der Bezugnahme zweifelhaft ist, ist zu hoffen, daß diese Frage künftig bejaht werden wird, denn die Bezugnahme ist notwendig aus demselben Grunde wie bei anderen Eintragungen. Soll der Beamte bei der Vormerkung, z. B. einer Bankhypothek, etwa drei Druckseiten des Bankformulars in das Grundbuch abschreiben müssen und dann bei der endgültigen Eintragung Bezug nehmen dürfen? Was für den endgültigen Eintrag genügt, muß vernünftigerweise auch für den vorläufigen Eintrag genügen. Mit dem Grundsatze, das Grundbuch nicht durch überflüssige Eintragungen zu beschweren und unübersichtlich zu machen, könnte die wörtliche Abschrift der Bewilligung nicht in Einklang gebracht werden.

3. Die Vormerkung im Konkurse. a) RJA. **10** 231, KGJ. **39** A 167 (KG.). Die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem Grundstück eines Gemeinschuldners ist unzulässig, auch wenn zugunsten des Antrags auf Eintragung wegen eines ihr entgegenstehenden Hindernisses vor der Konkurseröffnung von Amts wegen eine Vormerkung eingetragen ist. **b**) RheinARB. **09** 213 (Düsseldorf). Hat das Grundbuchamt zur Hebung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses eine Frist bestimmt, und wird vor Wiedereingang des Eintragungsantrags das Konkursverfahren über das Vermögen des Eigentümers eröffnet, so braucht das Grundbuchamt bei der Eintragung des Konkursvermerkes keine Vormerkung auf Grund des § 18 Abs. 2 GBO. einzutragen.

§ 19. I. Wesen der Eintragungsbewilligung. 1. Rhein. ARB. **09** 174 (187) (Cöln). Nach der herrschenden und auch zutreffenden Annahme ist die Eintragungsbewilligung an sich lediglich die abstrakte Willenserklärung des Passivbeteiligten dem Grundbuchamte gegenüber, daß er eine gewisse Eintragung gestatte, und daher nur eine formelle Voraussetzung der Eintragung, deren Fehlen die ohne sie durch den Grundbuchrichter vorgenommene Eintragung zwar ordnungswidrig, aber nicht unwirksam macht (vgl. Willenbücher Anm. 1 und 6, Boehm Anm. V, Turnau-Förster Anm. 11 zu § 19 GBO., insbesondere Fuchs-Arnheim Anm. 10 zu § 13 und Anm 2 f. zu § 19 GBO.).

2. ThürBl. **57** 211 (Jena). Die Eintragungsbewilligung des Betroffenen ist kein Formalakt. Liegt materieller Konsens vor, ist also der übereinstimmende Wille beider

Teile deutlich dahin ausgedrückt, daß eine Rechtsänderung eintreten solle (Einigung), so bedarf es daneben nicht noch des formellen Konsenses, der Eintragungsbewilligung des Betroffenen. Denn der materielle Konsens ersetzt den formellen, die Erklärung des Berechtigten, er wolle die Rechtsänderung, enthält mit Notwendigkeit auch die Erklärung, daß er mit der Eintragung einverstanden sei, sie bewillige.

II. Inhalt der Eintragungsbewilligung. 1. KGJ. **38** A 195, RJA. **10** 226, SeuffA. **65** 44, DJZ. **10** 316 (KG.). Es ist in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des KG. (KGJ. **28** A 151, s. auch **RG. 54** 383) anzunehmen, daß in der Bewilligung, einen Brief zu erteilen, zugleich die Bewilligung enthalten sei, die Aufhebung der Ausschließung der Brieferteilung in das Grundbuch einzutragen.

2. BayObLG., BayObLG. **10** 630. In dem Antrage, die Teilfläche eines Grundstücks einem anderen Grundstück als Bestandteil zuzuschreiben, ist nicht ohne weiteres die nach § 19 GBO. erforderliche Bewilligung zu erblicken, daß die zuzuschreibende Fläche mit der auf dem Hauptgrundstücke lastenden Dienstbarkeit belastet werden solle.

III. Wirkung der Eintragungsbewilligung. KGJ. **38** A 273 (KG.). Der auf die Bewilligung des eingetragenen Hypothekengläubigers gestützte Antrag, eine Buchhypothek auf einen neuen Gläubiger umzuschreiben, darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Hypothekengläubiger früher die Löschung der Hypothek bewilligt hat.

IV. Der Betroffene. 1. KGJ. 38 A 212 (KG). Da das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Bewilligung derjenigen nachgewiesen ist, deren Rechte durch die Umschreibung betroffen werden, hat es auch von Amts wegen zu prüfen, ob einer der Fälle der §§ 1444—1446 BGB. gegeben ist. Bei dieser Legitimationsprüfung hat das Grundbuchamt aber nicht ausschließlich urkundliche Beweise zu fordern, sondern alle ihm beigebrachten Beweismittel zu würdigen und nach pflichtmäßigem Ermessen unter Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungsgrundsätze zu entscheiden, ob der Nachweis geführt ist, daß keine der im § 1144 und § 1446 BGB. angegebenen Verfügungen vorliegt (KGJ. **33** A 175, **35** A 209, **RG. 65** 223).... Diese Erfahrungsgrundsätze müssen dazu führen, die Verfügungsbefugnis der in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Witwe in Ansehung der von ihr abgetretenen, zum Gesamtgute gehörigen Hypotheken als nachgewiesen anzusehen, wenn die Beteiligten erklärt haben, daß die Verfügung über die Hypotheken weder eine unentgeltliche sei, noch in Erfüllung einer übernommenen Verpflichtung zur Verfügung über das Gesamtgut im ganzen geschehe. Ein weiterer Nachweis darf von dem Grundbuchamte regelmäßig nur erfordert werden, wenn besondere Umstände einen bestimmten Anhalt für die Unrichtigkeit der gemachten Angabe bieten.

2. KGJ. **38** A 206 (KG.). Erwirbt ein Ehegatte bei bestehender Fahrnisgemeinschaft ein Grundstück, so kann die Gesamtgutseigenschaft gleichzeitig mit der Eigentumsänderung im Wege der Grundbuchberichtigung auch ohne Einwilligung des Veräußerers in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung erfolgt, wenn der erwerbende Ehegatte sie mit Zustimmung des anderen Ehegatten bewilligt.

3. LG. Colmar, ElsLothJZ. **10** 437. Wenn von einer mit ihrem Ehemann in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau allein ein Grundstück käuflich erworben und gleichzeitig für den Kaufpreis Sicherungshypothek daran bestellt wird, so ist das Eigentum der Gütergemeinschaft und die Hypothek einzutragen, ohne daß vorher die Einwilligungserklärung des Ehemanns bezüglich der Hypothekenbestellung verlangt werden dürfte. Für die Kaufpreisschuld haftet persönlich nur die Frau.

4. KGJ. 38 A 317, RJA. **10** 150 (Hamburg). Der überlebende Ehegatte ist bei fortgesetzter allgemeiner Gütergemeinschaft befugt, ohne Zustimmung der Kinder

den Zinsfuß einer auf einem Gesamtgutsgrundstücke der Gütergemeinschaft lastenden Buchhypothek zu erhöhen und die Erteilung eines Hypothekenbriefs zu bewilligen ... Es handelt sich nicht um eine Belastung mit einem neuen Rechte, sondern um die Erweiterung und Änderung eines bestehenden Rechtes (für die wirtschaftliche Anschauung der bisherigen Hypothek, rechtlich der nach deren Auszahlung dem Eigentümer zustehenden Grundschuld). Das Geschäft gehört zu den gewöhnlichen Dingen der laufenden Verwaltung.

5. R. **10** Nr. 4170, SeuffBl. **10** 687 (KG.). Für die Umschreibung der für den Erblasser eingetragenen Hypothek auf den einen von zwei Miterben genügt die Bewilligung des anderen Miterben.

6. ElsLothJZ. **10** 554 (Colmar). Der Liquidator einer Gesellschaft mbH. ist als deren gesetzlicher Vertreter allein zu Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen befugt, solange noch solches vorhanden ist.

7. LG. Mainz, HessRspr. **11** 74. Ergibt sich aus den eigenen Erklärungen des Gläubigers, daß ihm die Hypothek nicht mehr zusteht, so muß die Bewilligung von dem wahren Berechtigten erteilt werden. Die bloße Möglichkeit aber, daß die Hypothek ganz oder teilweise einem anderen als dem eingetragenen Gläubiger zusteht, scheidet für die Anwendung des § 19 aus. Dem anderen muß es überlassen werden, seine Rechte durch Umschreibung im Grundbuche wahren zu lassen.

V. Ersatz der Eintragungsbewilligung. 1. Predari, GruchotsBeitr. **54** 570—581. (579) Ein in den Formen der ZPO. beurkundeter Vergleich bildet nur dann die dem § 29 GBO. entsprechende Eintragungsgrundlage, wenn er vor dem Prozeßgericht (oder dem seine Stelle vertretenden Richter) geschlossen ist. Daß auf das von diesem Richter herzustellende Protokoll die für das Sitzungsprotokoll geltenden Vorschriften sinngemäß anzuwenden sind, ist die gemeine und unbedenklich zu billigende Meinung (vgl. die Kommentare zu § 165 ZPO.). Dem eigentlichen Prozeßvergleiche gleichwertig ist der im Sühneverfahren nach § 510 ZPO. vor dem Amtsgerichte geschlossene Vergleich (§ 794 Nr. 2 ZPO.). Auch die in ihm bewilligte Eintragung einer Hypothek ist aus den §§ 19, 29 GBO. nicht zu beanstanden. Zu betonen ist, daß für die Eintragungsfrage der Prozeßvergleich nicht als vollstreckbare, sondern lediglich als öffentliche Urkunde in Betracht kommt. Darum kann auch aus einem vor einer ausländischen Behörde geschlossenen, die Bewilligung enthaltenden Vergleiche die Eintragung verfügt werden, sofern nur dem Grundbuchamte die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde dargetan sind (s. Predari § 29 Anm. 4). Das gleiche gilt für Vergleiche vor Sondergerichten, mögen sie vollstreckbar sein oder nicht. Daß die Prozeßvollmacht zur Stellung des Eintragungsantrags namens des Gläubigers ermächtigt, dürfte unbedenklich sein. Der Gläubiger wird also durch seinen Prozeßbevollmächtigten den Antrag auf Eintragung stellen können. Aber die Vorlegung der — nach § 30 GBO. besonderer Form nicht bedürfenden — Vollmacht wird auch bei Beendigung eines Anwaltsprozesses durch Vergleich unerläßlich sein. Für das Grundbuchamt gilt der Satz des § 88 Abs. 1 ZPO. nicht. Der Mangel der Vollmacht ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Dies auch dann, wenn der Vergleich den Antrag bereits enthalten sollte. Schwierigkeiten werden sich nicht ergeben. Anders verhält es sich im Falle der Erklärung der Bewilligung durch den Prozeßbevollmächtigten des Schuldners, also im Falle des Vergleichschlusses ohne dessen Zuziehung. Wenn hier dem Grundbuchamte der Nachweis der Vertretungsbefugnis durch eine der Form des § 29 GBO. entsprechende, mindestens öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde erbracht werden muß, so kann dies zu Weiterungen führen, die den Gläubiger gefährden. Indessen wird der Um-

stand, daß im Anwaltsprozesse der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten ohne Vorlegung einer Vollmacht für diesen einen Vergleich schließen und zu dessen Ausführung die Eintragung einer Hypothek bewilligen kann, an der Pflicht des Grundbuchamts, die Vertretungsvollmacht des angeblich Bevollmächtigten festzustellen, nichts zu ändern vermögen, und man könnte höchstens im Parteiprozesse geltend machen, daß durch den Eingang des Protokolls, der die Parteien und deren Bevollmächtigte aufführen soll (§ 159 Nr. 4 ZPO.), auch die Vertretungsmacht nachgewiesen werde, da sie Gegenstand der richterlichen Prüfung gewesen sein muß (§ 418 ZPO.). Soweit ist man aber auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit noch nicht gegangen. Das Grundbuchamt hat den Vollmachtsstandpunkt selbständig zu erörtern, auch wenn die Urkundsperson, welche die für die Eintragung erforderliche Erklärung des Vertreters aufgenommen oder beglaubigt hat, diesen für genügend ausgewiesen erachtete. Mindestens muß eine über die bloße Bezeichnung einer Person als Bevollmächtigter im Texte der Urkunde hinausgehende Bescheinigung der Urkundsperson, sofern diese für die Ausstellung solcher Bescheinigungen zuständig ist, über den Besitz der Vollmacht zur Zeit der Abgabe der maßgebenden Erklärung beigebracht werden (KGJ. **23** A 120). Eine solche Bescheinigung wird, da Gründe für eine abweichende Behandlung prozessualer Vorgänge nicht obwalten, auch für die Vollmacht des einen Prozeßvergleich schließenden Vertreters zu fordern, aber nur da vom Prozeßgerichte zu erlangen sein, wo dieses, wie in Preußen, als Amtsgericht auch zur Beurkundung sonstiger Tatsachen (außer Rechtsgeschäften) zuständig ist (Art. 31 PrFGG.). Sonst und namentlich im Anwaltsprozeß ist die Vorlegung der öffentlich beglaubigten Vollmacht des Vertreters als der zu der Eintragung erforderlichen Erklärung (§ 29 GBO.) unerläßlich. Daß dies erst recht für Vergleiche gilt, die nach dem oben Ausgeführten nicht eigentlich Prozeßvergleiche, sondern lediglich Handlungen der freiwillien Gerichtsbarkeit sind, versteht sich von selbst. Daher empfiehlt sich die Zuziehung des Passivbeteiligten zu dem Vergleiche, damit dessen grundbuchmäßige Verwirklichung nicht auf Hindernisse stößt.

2. Förster, GruchotsBeitr. **54** 568 ff. Der Grundbuchrichter darf die Eintragung einer Hypothek ablehnen, wenn ihm als Urkunde über die Eintragungsbewilligung die Ausfertigung eines von den Prozeßbevollmächtigten der Parteien geschlossenen Prozeßvergleichs überreicht wird. Dagegen Predari, GruchotsBeitr. **54** 570 ff. (s. oben Ziff. 1).

§ 22. I. Die Berichtigungsbewilligung. KGJ. **38** A 206 (KG.). Die Verfügung des materiell Nichtberechtigten wird nach § 185 Abs. 1, 2 BGB. wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt, oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Dies gilt auch für den Grundbuchverkehr (KGJ. **21** A 150, **RG. 54** 362), und es ist nicht ersichtlich, weshalb es für eine bloße Berichtigungsbewilligung nicht gelten sollte. Ob nun im vorliegenden Falle mit dem RG. aaO. auch die Einwilligung der Veräußerer in die Berichtigung des Grundbuchs als erklärt anzusehen ist, kann unerörtert bleiben. Jedenfalls ist die von dem Beschwerdeführer erklärte Berichtigungsbewilligung durch Erwerb des Grundstücks an sich wirksam geworden. In Übereinstimmung hiermit ist auch in der bisherigen Rechtsprechung des KG. die Bewilligung des erwerbenden Ehegatten zur Eintragung der Gesamtgutseigenschaft für erforderlich erachtet (KGJ. **27** A 253). Da ferner die Berichtigung im gegebenen Falle durch Eintragung eines Eigentümers, nämlich des Beschwerdeführers und seiner Frau als Miteigentümer zur gesamten Hand, beantragt war, so bedurfte die Berichtigung neben der Bewilligung des Beschwerdeführers an sich auch der Zustimmung seiner Frau (§ 22 Abs. 2 GBO.). Ob diese Zustimmung sich etwa deshalb erübrigt, weil der Beschwerdeführer kraft des ihm zustehenden Verwaltungsrechts (§§ 1549, 1443 BGB.) die Buchung der Gesamtgutseigenschaft ohne Zuziehung der Frau herbeiführen kann (Fuchs-

Arnheim, GBR. § 34 GBO. Anm. 17; Predari, GBO. § 19 Anm. 20), bedarf hier keiner Entscheidung.

II. Der Nachweis der Unrichtigkeit. 1. Die Quittung. a) SeuffBl. **10** 717 (KG.). Jeder der mehreren Gesamtgläubiger (§ 428 BGB.) ist zur Ausstellung der Quittung über die Bezahlung der Forderung an ihn mit der Wirkung befugt, daß durch die Quittung die Entstehung der Eigentümergrundschuld nachgewiesen wird. Die Frau kann eine ohne Zustimmung des Mannes angenommene Bezahlung einer zum eingebrachten Gute gehörigen Forderung nach dem Tode des Mannes mit der Wirkung rechtswirksamer Tilgung weiterbehalten. Dem Grundbuchrichter wird in diesem Falle die Zahlung durch die nach dem Tode des Mannes erfolgte Einreichung der Quittungsurkunde auch dann nachgewiesen, wenn die Urkunde vor dem Tode des Mannes ausgestellt und beglaubigt worden ist. b) ZBl. FG. **11** 331 (KG.). Das Grundbuchamt kann der Quittung eines Hypothekengläubigers die Beweiskraft absprechen, wenn sich aus dem aus den Akten ersichtlichen Sachverhalt der Verdacht einer unlauteren Machenschaft des Ausstellers der Quittung ergibt. c) R. **10** Nr. 4174, SeuffBl. **10** 751 (KG.). Der Grundbuchrichter kann der Quittung des Gläubigers die Beweiskraft absprechen, wenn nach der besonderen Sachlage (Simulationsverdacht) erhebliche Bedenken gegen die Wahrheit ihres Inhalts bestehen. d) **RG.** R. **10** Nr. 1749. Ist eine Hypothek auf den Eigentümer als Eigentümergrundschuld übergegangen, so ist zur rechtswirksamen Aufhebung des hypothekarischen Rechtes die Aufgabeerklärung des Eigentümers dem Grundbuchamte gegenüber erforderlich (**RG. 66** 288). Die löschungsfähige Quittung des eingetragenen Hypothekengläubigers hat dabei nur die formale Bedeutung, daß durch sie der Übergang des hypothekarischen Rechtes auf den Eigentümer nachgewiesen wird. Ist ohne Aufgabeerklärung des Eigentümers die Hypothek gelöscht worden, so hat der Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger den Anspruch, daß diese die Wiedereintragung jenes Rechtes im Wege der Grundbuchberichtigung bewilligen.

2. OLG. **20** 405 (KG.). Das Urteil aus § 920 BGB. begründet nicht etwa nur einen persönlichen Anspruch des einen Nachbarn gegen den anderen auf Übertragung einer bestimmten Fläche, sondern setzt die Grenze derart fest, daß das Eigentum an dem diesseits oder jenseits der Grenze liegenden Stücke der streitigen Fläche dem betr. Nachbar zu Eigentum zugeteilt wird. Es bedarf daher keiner Auflassung des streitigen Stückes, vielmehr wird durch das Urteil, soweit die Grenzfestsetzung von dem grundbuchmäßigen Bestande der Nachbargrundstücke abweicht, die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen. Das Urteil bildet also den nach § 22¹ GBO. erforderlichen Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs.

3. KGJ. **38** A 230 (KG.). Im Falle des § 306 HGB. ist behufs Umschreibung des Eigentums an einem für die aufgelöste Aktiengesellschaft eingetragenen Grundstück auf die übernehmende Aktiengesellschaft außer der Eintragung des die Vermögensübertragung unter Ausschluß der Liquidation betreffenden Beschlusses der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft entweder die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Kapitals der übernehmenden Gesellschaft oder das Nichtvorhandensein einer solchen Erhöhung nachzuweisen.

4. KGJ. **38** A 233 (KG.). Die Übertragung eines Anteils an dem Nachlasse nach § 2033 Abs. 1 BGB. ist auch dann zulässig, wenn zu dem Nachlaß ein Anteil an dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes gehört. Der Erwerber sämtlicher Anteile an dem Nachlaß erwirbt hiermit auch den Anteil des Erblassers an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen. Bestand in diesem Falle die Gesellschaft nur aus dem Erblasser und dem Erwerber sämtlicher Anteile an dem Nachlasse, so verwandelt sich das Miteigentum der Gesellschafter an den Gesellschaftsgrundstücken zur gesamten Hand durch die Vererbung und durch die Übertragung aller Anteile an dem Nachlaß außerhalb des

Grundbuchs in Alleineigentum des Erwerbers der Anteile. Dieser kann die Buchung seines Alleineigentums im Wege der Grundbuchberichtigung verlangen.

5. OLG. **20** 397, R. **10** Nr. 2703 (Rostock). Wer die Berichtigung der Schreibweise seines Namens beantragt, hat die Unrichtigkeit nachzuweisen. Die Eintragung in Standesregistern und Kirchenbüchern beweist die Schreibweise nicht.

6. KGJ. **38** A 237 (KG.). Die Eintragung der Überweisung eines fiskalischen Grundstücks von der einen Verwaltungsstelle auf die andere erfolgt im formlosen Verfahren nach Maßgabe des § 4 Abs. 2 der AV. v. 20. 11. 99, sie ist nicht Grundbuchberichtigung im Sinne des § 22 GBO.

7. BayObLG. **11** 271 (BayObLG.). Mit dem Vorableben der Frau erlischt, wenn nicht im Ehevertrag eine abweichende Bestimmung getroffen ist, die Widerlage, die sie auf Grund des Bayerischen Landrechts in Ansehung des Heiratsguts von dem Manne erlangt hat. Die auf die Widerlage bezüglichen Eintragungen im Grundbuche sind gegenstandslos geworden und machen das Grundbuch unrichtig; zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es nicht der Bewilligung der Erben der Frau.

8. Busse, R. **10** 696. Ist die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO. durch Eintragung einer Fischereiberechtigung an öffentlichem Strome auf Grund eines Besitzattestes der Polizeiverwaltung in Preußen zulässig?

III. Das Verhältnis der Berichtigungsbewilligung zu dem Nachweise der Unrichtigkeit. 1. **RG. 73** 154, ZBlFG. **10** 689, ElsLothJZ. **10** 260, RJA. **10** 224, BayRpflZ. **10** 177, SeuffBl. **10** 425, R. **10** Nr. 1430. Was die Frage anbelangt, ob neben der auf Eintragung des neuen Eigentümers gerichteten Bewilligung des die Unrichtigkeit des Grundbuchs anerkennenden bisher eingetragenen Eigentümers auch noch der Nachweis erbracht werden muß, daß das Grundbuch in der Tat unrichtig, d. h. der neu Einzutragende bereits durch Vorgänge außerhalb des Grundbuchs Eigentümer geworden ist, so ergibt sich die Verneinung dieser Frage aus dem Verhältnis, in dem die besonderen Vorschriften des § 22 GBO. zu der allgemeinen Vorschrift des § 19 GBO. stehen. Durch die Zulassung des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs an Stelle des strikten Erfordernisses, daß der von der Eintragung Betroffene die ihn benachteiligende Eintragung bewilligen müsse, hat nicht ein selbständiger, dem sog. Konsensprinzipe des § 19 gleichwertiger Grundsatz aufgestellt, sondern dieses Prinzip im Interesse der Erleichterung des Grundbuchverkehrs abgeschwächt werden sollen. Man hat in Fällen, in denen die Bewilligung des von der Eintragung Betroffenen nicht ohne Schwierigkeiten zu erlangen sein würde, den Beteiligten die mit der Beschaffung der Bewilligung verbundenen Kosten und Weiterungen ersparen wollen (vgl. D. z. Entw. der GBO. bei Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen V 159; Bericht der Reichstagskommission ebenda 220, 221). Danach ist der Unrichtigkeitsnachweis gegenüber der Beibringung der Eintragungsbewilligung als das Mindere anzusehen, und hieraus folgt, daß er durch die Eintragungsbewilligung ersetzt werden kann. Bestätigt wird die Richtigkeit dieser Annahme durch die Vorschrift des § 22 Abs. 2 GBO. Daß mit dem hier erwähnten Eigentümer, dessen Zustimmung zur Grundbuchberichtigung erfordert wird, nicht etwa der bisher eingetragene Eigentümer, sondern der im Wege der Berichtigung neu einzutragende Eigentümer gemeint ist, ist unzweifelhaft und unbestritten. Das Erfordernis der Zustimmung ist lediglich aufgestellt im Hinblick auf die besondere Bedeutung des Grundeigentums und die mit ihm verbundenen Lasten und Verpflichtungen, hat also mit der Abgrenzung des Konsensprinzips gegenüber dem Unrichtigkeitsnachweise nichts zu tun. Es ergibt sich aber aus der Vorschrift per argumentum a contrario, daß hinsichtlich des bisher eingetragenen Eigentümers diese Kumulation von Unrichtigkeitsnachweis und Ein-

tragungsbewilligung **nicht** gilt, sondern es insoweit bei der allgemeinen Regel, wonach das eine **oder** andere genügt, sein Bewenden behält. Es ist also zur Berichtigung des Grundbuchs entweder der Nachweis der Unrichtigkeit der bisherigen Eigentumseintragung und die Zustimmung des neu einzutragenden Eigentümers oder die Zustimmung sowohl des bisherigen wie des neuen Eigentümers beizubringen (vgl. d. Beschluß OLG. Colmar, OLG. **9** 332). . . . . Doch wird man davon ausgehen müssen, daß die Berichtigungsbewilligung dann zurückzuweisen ist, wenn sich aus dem mit ihr beigebrachten Urkundenmaterial ergibt, daß durch die der Bewilligung entsprechend vorzunehmende Berichtigung des Grundbuchs das Grundbuch umgekehrt gerade unrichtig werden würde.

2. BayObLG. **11** 19, R. **10** Nr. 765, SeuffBl. **10** 213 (BayObLG.). Neben der auf Eintragung des neuen Eigentümers gerichteten Bewilligung des die Unrichtigkeit des Grundbuchs anerkennenden bisher eingetragenen Eigentümers muß dem Grundbuchamte nicht auch noch der Nachweis erbracht werden, daß das Grundbuch in der Tat unrichtig, d. h. daß der neu Einzutragende schon durch Vorgänge außerhalb des Grundbuchs Eigentümer geworden ist. Das Grundbuchamt hat aber die Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs zurückzuweisen, wenn aus den mit ihr beigebrachten Urkunden sich ergibt, daß gerade durch die der Bewilligung entsprechende Eintragung das Grundbuch unrichtig werden würde.

IV. **Die Vorschrift des § 22 Abs. 2.** 1. **Kriener**, BayRpflZ. **10** 372. Der Mann ist nicht berechtigt, kraft seines Verwaltungsrechts die nach § 22 Abs. 2 notwendige Erklärung für die Frau abzugeben. Nach der Entscheidung des BayObLG. **7** 48 enthält das bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nach § 1443 BGB. dem Manne zustehende Recht, das Gesamtgut zu verwalten, nicht die Befugnis zur Vertretung der Frau; soweit es zu einer Verwaltungshandlung der Zustimmung der Frau bedarf, kann diese nur von der Frau selbst erklärt werden. Dagegen ist in diesem Falle der Mann berechtigt, zugleich im Namen der Frau den Antrag zu stellen, daß beide als Eheleute in Gütergemeinschaft in das Grundbuch eingetragen werden.

2. **BayObLG. 10** 355, SeuffA. **65** 343 (**BayObLG.**). Zur Berichtigung des Grundbuchs dahin, daß Gesamteigentum in Miteigentum umgeschrieben wird, ist nach § 22 Abs. 2 GBO. die Zustimmung **aller** Gesamteigentümer erforderlich. Denn es ist nicht zu erkennen, welcher von den Gesamteigentümern gewinnt und welcher verliert. Ebenso BayObLG. 11. 2. 10, BayObLG. **11** 103.

3. FrankfRundsch. **44** 130 (KG.). Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erben des verstorbenen Eigentümers als Grundstückseigentümer darf nicht auf Antrag **eines** Miterben, sondern nur dann erfolgen, wenn **sämtliche** Miterben ihre Zustimmung in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form erteilt haben. Wenn der Gläubiger, welcher gegen **einen** Miterben ein vollstreckbares Urteil besitzt und auf Grund des Urteils den Erbanteil des Miterben hat pfänden und dessen Anspruch gegen die Miterben auf Teilung des Nachlasses zur Einziehung sich hat überweisen lassen, die Eintragung der Pfändung als Verfügungsbeschränkung erwirken und zu diesem Zwecke zunächst die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erben als Grundstückseigentümer beantragen will, so hat er zur Begründung des Berichtigungsantrags außer der Zustimmung der übrigen Miterben auch diejenige seines Schuldners in grundbuchmäßiger Form zu erbringen, nötigenfalls sich diese Zustimmung durch eine Klage aus § 895 BGB. zu beschaffen.

4. LG. Stendal, NaumburgAK. **10** 30. Miterben sind mangels besonderen Antrags ins Grundbuch als Miteigentümer zu ungeteilter Erbengemeinschaft einzutragen.

5. BayObLG., R. **10** Nr. 1147. Abs. 2 entbindet den Vollstreckungsgläubiger nicht von der Beibringung der Zustimmung Dritter (Miteigentümer) zur Grundbuchberichtigung zugunsten des Schuldners.

§ 25. **RG.** WarnE. 3 248, GruchotsBeitr. **54** 940. Gemäß ihrer rechtlichen Natur als Sicherungsmittel steht und fällt die Vormerkung mit dem Anspruche, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist (vgl. **RG. 58** 302/3).

§ 27. 1. **RG. 72** 362, RJA. **10** 219. Es ist, was insbesondere § 27 Abs. 1 GBO. anlangt, ganz allgemein die Zustimmung des Eigentümers erfordert. Es wird nicht unterschieden, ob die Entstehung einer Eigentümerhypothek in Frage kommen kann oder nicht (KGJ. **24** A 137, **25** A 318). Nach der Denkschrift zu § 27 GBO. (§ 26 Entw.) bedarf es der Zustimmung des Eigentümers selbst dann, wenn es sich nicht um Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft (§ 1183 BGB.), sondern um Berichtigung des Grundbuchs handelt, beispielsweise die Hypothekeintragung nichtig ist, und für die Unrichtigkeit des Grundbuchs der sonst ausreichende Nachweis gemäß § 22 GBO. erbracht werden könnte.

2. **RG. 72** 362, RJA. **10** 219. Zur Eintragung einer vom Gläubiger bewilligten Herabsetzung des Zinssatzes einer Hypothek ist die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich.

3. KGJ. **39** A 235, SeuffBl. **10** 296 (KG.). Es besteht die Möglichkeit, daß der Gläubiger, der die Löschung der für ihn eingetragenen Hypothek bewilligt, gleichzeitig in wirksamer Weise als Bevollmächtigter des Grundstückseigentümers die Löschung der Hypothek beantragt oder die Zustimmung zur Löschung erklärt. Die Vorschrift des § 181 BGB. kommt nicht zur Anwendung, wenn sowohl die Löschungsbewilligung als auch die Zustimmung zur Löschung dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben werden.

4. LG. Mainz, HessRspr. **10** 181. Für die Löschung eines Pfandrechts oder Nießbrauchs an einer Hypothek ist die Zustimmung des Hypothekengläubigers erforderlich, sofern der Fall der Konsolidation gegeben ist und der Gläubiger ein Interesse an dem Fortbestehen des Rechts (Pfandrechts oder Nießbrauchs) hat; denn in diesem Falle kann von dem Erlöschen des Rechtes keine Rede sein (vgl. §§ 1063, 1068, 1256, 1273 BGB.). Ist aber ein solcher Fall nicht gegeben, d. h. liegt ein anderer Fall als der der Konsolidation vor, oder ist zwar der Fall der Konsolidation, aber kein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen gegeben, was nachgewiesen werden muß, so sind Pfandrecht und Nießbrauch außerhalb des Grundbuchs erloschen und eine Zustimmung des Hypothekengläubigers ist nicht erforderlich; denn es handelt sich um eine Berichtigung des Grundbuchs.

§ 28. 1. RheinARV. **09** 213 (Düsseldorf). In einer einstweiligen Verfügung, die die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek aus § 648 BGB. anordnet, müssen die zu belastenden Grundstücke nach der laufenden Nummer des Grundbuchs oder mit der Parzellennummer bezeichnet werden.

2. KGJ. **38** A 243 (KG.). In der Bewilligung der pfandfreien Abschreibung eines Grundstücksteils ist dieser übereinstimmend mit dem Grundbuche zu bezeichnen.

3. LG. Darmstadt, HessRspr. **11** 74. Es fragt sich, ob es auch für einen Berichtigungsantrag genügt, wenn lediglich in dem Eintragungsantrage, falls eine besondere Eintragungsbewilligung nicht erforderlich ist, die Grundstücke übereinstimmend mit dem Grundbuche bezeichnet sind. Die Frage ist zu verneinen. Zwar bezieht sich § 28 GBO. dem Wortlaute nach nicht auf die Urkunden, welche die Unrichtigkeit des Grundbuchs beweisen sollen, er hat jedoch auf sie entsprechende Anwendung zu finden. Eine andere Auffassung würde zu Unzuträglichkeiten und Unsicherheiten im Grundbuchverkehre führen. Die Urkunden, mit denen der Nachweis der Unrichtigkeit geführt wird, sollen die Eintragsbewilligung des leidenden Teils ersetzen; man muß deshalb auch an sie die Anforderung

stellen, daß sie, ebenso wie eine Eintragsbewilligung, es nicht an der absolut erforderlichen Bestimmtheit des einzutragenden Rechtes fehlen lassen. Hierzu gehört aber, daß kein Zweifel besteht, wer Berechtigter und welches das belastete Grundstück ist, und ferner, wenn es sich um subjektiv-dingliche Rechte handelt, welche Grundstücke auf der Berechtigungsseite in Frage kommen. Es genügt nicht, daß sich diese mit ihrer grundbuchmäßigen Bezeichnung erst aus dem Eintragungsantrag ergeben, denn dieser ist keine zum Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs dienende Urkunde. Es ist aber auch nicht erforderlich, daß, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch ein gerichtliches Urteil nachgewiesen werden soll, schon dieses die grundbuchmäßige Bezeichnung der Grundstücke enthält. Der Nachweis der Unrichtigkeit ist unbeschränkt in den Formen des § 29 GBO. zulässig, und es ist nicht zu beanstanden, wenn sich dieser Nachweis erst aus mehreren sich ergänzenden und vervollständigenden Urkunden ergibt.

4. ElsLothNotZ. **10** 147, OLG. **21** 6, ElsLothJZ. **10** 264 (Colmar). Nach § 28 GBO. ist in der Eintragungsbewilligung das Grundstück „übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt" zu bezeichnen. Wird die zweite Art der Bezeichnung gewählt, so kann sich naturgemäß die Eintragungsbewilligung nur auf die zur Zeit der Bewilligung bereits eingetragenen Grundstücke beziehen, nicht aber auch auf solche, die erst eingetragen werden sollen. Sofern sich die Eintragungsbewilligung auch auf diese erstrecken soll, muß dieses besonders erklärt werden, und zwar unter Bezeichnung des Grundstücks übereinstimmend mit dem Grundbuche.

5. Die Entsch. des BayObLG., JDR. **8** zu § 28 Ziff. 3 auch BayObLG. **10** 305.

§ 29. I. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. du Chesne, GruchotsBeitr. **54** 559. Für rechtsgeschäftliche Eintragungsunterlagen kommt nur die Mitteilung in beweiskräftiger Form bzw. der Beweis, nicht aber die Offenkundigkeit in Betracht (vgl. dazu Satz 1 und 2 des § 29 GBO.). Für die Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit der rechtsgeschäftlich Beteiligten sprechen zunächst Vermutungen, die eine Wirkung der Offenkundigkeit ausschließen; nur wenn urkundlich bekannte Tatsachen die Wirkung der Vermutung aufheben (Offenkundigkeit), kommt die Entkräftung dieser Tatsachen durch Beweis in Frage, der aber dem Beweislastträger wiederum durch dem Grundbuchamt urkundlich bekannte Tatsachen erspart werden kann. In diesem Falle ist von Beweisfreiheit — des Antragstellers — zu sprechen. Eine gleiche Beweisfreiheit, Befreiung von der Beweislast, liegt endlich vor, wo andere Eintragungsunterlagen, die weder rechtsgeschäftlich noch allgemein (Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit) sind, dem Grundbuchamte bereits urkundlich bekannt sind oder — was gleichwertig ist — jederzeit bekannt werden können. . . . . . Auch in den Fällen der Beweisfreiheit sind die Urkunden nur Mittel, aus denen das Grundbuchamt seine Überzeugung schöpft. Lassen sich nun aber nicht auch Fälle denken, in denen das Grundbuchamt gar keiner Überzeugung mehr bedarf, weil es schon überzeugt ist, da der Grundbuchbeamte die betreffende Tatsache weiß? Darf der Grundbuchbeamte nicht den Tod oder die Eheschließung eines Menschen als gewiß annehmen, weil er dabei zugegen gewesen ist? Die Frage ist zu verneinen. . . . . Denn der Grundbuchbeamte ist in solchem Falle vielmehr nur Zeuge eines Vorfalls. Seine Sinne vermitteln ihm die Kenntnis des betreffenden Ereignisses mit der gleichen Gewißheit wie die Mitteilung eines glaubhaften Zeugen. Denselben Sinnestäuschungen usw. wie der Zeuge ist auch der Grundbuchbeamte unterworfen. So wenig der Zeuge eine beweisende Urkunde über den Vorgang herstellen kann, so wenig kann es auch der Grundbuchbeamte. Nur da liegt urkundliche Liquidität und die ihr gleichstehende Offenkundigkeit vor, wo der Grundbuchbeamte in anderer Eigenschaft zuständigerweise beurkundet hat oder zuständigerweise hätte

beurkunden können. Denn nur da hat er, sofern er selbst wahrgenommen hat, in einer Weise wahrgenommen, die eine der Kenntnisnahme von fremden Urkunden gleichstehende Sicherheit bietet.

2. Öhl, BayNotZ. 10 1—19. Privaturkunden begründen den vollen Beweis für die in ihnen enthaltenen Erklärungen (§ 416 ZPO.). Wenn die Urkunden die Erklärungen nicht vollständig enthalten, Auslassungen, Korrekturen oder dgl. aufweisen, ist ihre Beweiskraft entsprechend gemindert. Im Rechtsstreit entscheidet das Gericht hierüber nach freier Überzeugung (§ 419 aaO.). Zur Ergänzung oder Abänderung einer Privaturkunde ist eine wiederholte Unterschrift nicht notwendig. .... Eine andere Frage ist die, ob eine nachträglich abgeänderte oder ergänzte Urkunde eine den Vorschriften des § 29 GBO. entsprechende Eintragungsgrundlage bildet. Das Recht der freien Beweiswürdigung nach § 419 ZPO. steht innerhalb der Schranken des § 29 GBO. auch dem Grundbuchrichter zu. Wenn dem Grundbuchrichter eine notariell beglaubigte Urkunde mit wenn auch noch so mangelhaftem Inhalte vorgelegt wird, so ist dadurch formell der Vorschrift des § 29 GBO. Genüge geleistet. Ob er nun den mangelhaften Teil der Urkunde als „echt", d. h. von dem Aussteller herrührend oder seinem Willen entsprechend annehmen will oder nicht, ist seinem Ermessen überlassen. Ist ihm die Echtheit der Urkunde offenkundig, gleichgültig, woher seine Kenntnis stammt, so wird er auch auf Grund einer mangelhaften Urkunde die Eintragung vornehmen müssen. Offenkundigkeit wäre z. B. dann gegeben, wenn der Aussteller die Änderung in seiner Gegenwart vornehmen oder genehmigen würde. Zweifelt er an der Echtheit eines Teiles der Urkunde, so hat er das Recht, die Vorlage einer neuerlichen Erklärung (Nachtragserklärung) als zur Eintragung erforderlich zu verlangen und zwar entweder zu eigenem Protokoll oder wiederum öffentlich beglaubigt. Ein nicht echter, d. h. gefälschter Teil der Urkunde ist so zu betrachten, als ob er nicht vorhanden wäre. Gegen das **RG.** sowohl wie das KG. (**RG. 60** 397, OLG. **2** 497, **3** 306, **7** 336 und **10** 90) ist also die Fertigung des Textes nicht als eine Voraussetzung der Beglaubigung der Unterschrift anzusehen.

3. Unterschrift. a) **RG.** DJZ. **10** 1297. Die Rechtsfrage: Ist der Vor-Vorschrift im § 126 Abs. 1 BGB. genügt, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform der bevollmächtigte Vertreter ausschließlich mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt? ist zu bejahen. **b)** Öhl, BayNotZ. **10** 1—19 (16). Der Grundbuchrichter ist nach Reichsrecht verpflichtet, einen Eintragungsantrag, dessen Unterschrift in blanco beglaubigt worden ist, zu vollziehen, wenn er von der Echtheit der Urkunde überzeugt ist. Wenn er aber wegen der Echtheit der Urkunde Bedenken hat, wird es ihm gemäß § 419 ZPO. freistehen, den Nachweis der Echtheit geliefert zu verlangen.

4. **RG.** ZBlFG. **11** 217. Wenn in einem notariellen Protokolle die Vorlesung des Protokolls beurkundet ist, so folgt daraus bis zum Beweise des Gegenteils auch die Vorlesung der im Protokoll erwähnten Anlagen (§§ 172 Abs. 2, 177 FGG.).

5. Hoeniger, DNotV. **10** 12—55. Voraussetzung für gewisse qualifizierte Arten des Urkundverfahrens sind gewisse Gebrechen der Partei. Die stärkste und weitestgehende Anforderung an die Feststellung dieser Voraussetzung ist es, wenn verlangt wird, daß sich die Urkundperson die volle Überzeugung von dem Vorhandensein des Gebrechens verschafft und diese ihre Überzeugung beurkundet. Dieses weitestgehende Formerfordernis hat das Gesetz in der Tat für den Fall des § 178 FGG. aufgestellt. Eine Herabminderung der Anforderungen wäre dahin denkbar, daß der Urkundperson nur eine minder starke Überzeugung verschafft und ihr etwa das Gebrechen nur glaubhaft gemacht zu werden brauchte. Dieser Möglichkeit hat sich das Gesetz nicht bedient. Die weitestgehende Minderung der Anforderung

für die Feststellung der objektiven Voraussetzung liegt darin, daß nur die Beibringung eines einzigen privilegierten Beweismittels gefordert wird. Diesen Weg hat das Gesetz eingeschlagen, und es hat sich sogar begnügt mit der schlichten Versicherung der Partei von dem Vorhandensein des Mangels. Genügt dieses eine Beweismittel zur Feststellung der objektiven Voraussetzung, so ist es nur ein anderer Ausdruck dafür, wenn man sagt: Die Versicherung der Partei schafft kraft gesetzlicher Beweisregel den vollen Beweis der versicherten Tatsache. Eine Grenze hat die Beweisregel: Das Offenbarsein der Unwahrheit der Versicherung entkräftet diese. Diese Grenzlinie brauchte das Gesetz für diesen besonderen Fall nicht ausdrücklich hervorzuheben, denn sie ergibt sich aus einem allgemeinen, für das ganze Urkundverfahren geltenden Satze. Durch Aufdeckung dieser systematischen Zusammenhänge ist erwiesen, daß die Beurkundung der objektiven Tatsache, daß die Partei schreibunfähig ist, unbedingt ein weitergehendes und stärkeres Formerfordernis erfüllt als die bloße Protokollierung der Erklärung der Partei, nicht schreiben zu können. Das RG. hat dieses Verhältnis mit Unrecht geleugnet. Es ergibt sich daher, daß Urkunden, welche die Schreibunfähigkeit der Partei objektiv feststellen, stets gültig sein müssen. S. dazu Josef, ZBlFG. **11** 187 ff.

II. Die Vollmacht. 1. KGJ. **38** A 190, DNotV. **10** 677 (KG.). Der Notar kann nicht eine Vollmacht auf sich selbst beurkunden.

2. **RG. 72** 412. Eine Vollmacht, auf die als Protokollanlage zum Zwecke der notwendigen oder doch gewollten sachlichen Ergänzung der Haupturkunde in dieser Bezug genommen ist, muß gemäß §§ 176, 177 FGG. vorgelesen werden.

3. KG. 13. 12. 09, SeuffBl. **10** 401. Die Erklärung des Erblassers in seinem Testamente, daß er jemandem für sich und seine Erben Vollmacht erteile, begründet keine gemäß § 167 BGB. wirksame Vollmacht. Die Ausfertigung des eröffneten Testaments genügt nicht zum Nachweise der Befugnis zur Vertretung der Erben gegenüber dem Grundbuchamte. Denn ..... die bloße Aufnahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Lebenden in ein Testament enthält keine Abgabe dieser Willenserklärung gegenüber dem Empfangsberechtigten. Der Erblasser tut damit nichts, was erforderlich ist, um die Erklärung dem Empfangsberechtigten zugehen zu lassen; er beschränkt sich vielmehr auf die bloße Niederschrift der Erklärung, die noch keine Abgabe der Erklärung gegenüber dem Empfangsberechtigten enthält und deshalb unwirksam ist. Soweit der Wille des Erblassers dahin geht, daß nach seinem Tode durch die Eröffnung des Testaments dem Empfangsberechtigten Kenntnis von der Erklärung gegeben werden soll, ist dieser Wille auf die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Empfangsberechtigten nach dem Tode des Erblassers gerichtet. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist aber nur wirksam, wenn sie bei Lebzeiten des Erklärenden dem Empfangsberechtigten gegenüber abgegeben ist. Nur der nach der Abgabe der Willenserklärung erfolgende Tod des Erklärenden ist auf die Wirksamkeit der Willenserklärung einflußlos und nur das Zugehen der Erklärung, nicht auch deren Abgabe gegenüber dem Empfänger, kann nach dem Tode des Erklärenden wirksam geschehen (§ 130 Abs. 2 BGB.).

4. **a)** BadRpr. **10** 134 (Karlsruhe). Wenn es auch richtig ist, daß der Notar zur Beurkundung rechtserheblicher Tatsachen zuständig ist, so folgt daraus, daß er zwar beurkunden kann, eine ihm vorgelegte Vollmachtsurkunde enthalte die Erklärung des Vollmachtgebers, daß er dem Bevollmächtigten die Vollmacht erteile, es genügt aber nicht für das GBA., wenn der Notar nur beurkundet, der Bevollmächtigte sei nach der vom ihm (dem Notar) vorgenommenen Prüfung des Vollmachtsinhalts zu den von jenem getroffenen Verfügungen befugt. Denn hiermit bekundet der Notar nur die Auffassung, die er aus dem Urkundeninhalte schöpfet; diese Auffassung kann richtig sein, sie kann aber auch eine irrtümliche sein...... Es bedarf dann der Beibringung einer beglaubigten Abschrift der

Vollmacht neben dem Attest, um dem GBA. die Prüfung des Inhalts der Vollmacht zu ermöglichen. **b)** LG. Gießen, HessRspr. **11** 63. Das Zeugnis des die Erklärung des Bevollmächtigten beurkundenden Beamten muß ergeben, daß der Bevollmächtigte zur Zeit der Abgabe der Erklärung noch im Besitze der Vollmacht gewesen ist, hat also dahin zu gehen, daß ihm die Urschrift oder die Ausfertigung der Vollmacht bei der Beurkundung vorgelegen habe.

5. LG. Metz, ElsLothJZ. **10** 40. Auch wenn einem Notar nicht in seiner amtlichen Eigenschaft, sondern nur in der als Bevollmächtigter ein Gerichtsbeschluß (z. B. Genehmigung einer Teilungsurkunde) zugestellt worden ist, darf er mit seinem Antrag an das Grundbuchamt eine von ihm selbst beglaubigte Abschrift dieses Beschlusses vorlegen und ist nicht zur Vorlage der ihm zugestellten Ausfertigung des Beschlusses genötigt.

6. du Chesne, ZBlFG. **11** 1—14. Die Frage, wie weit die Vollmacht für den etwa der Schaffung des Schuldtitels zugrunde liegenden Rechtsstreit für die Eintragung der Zwangshypothek ausreicht, ist folgendermaßen zu beantworten. Eine privatschriftliche Vollmacht ist jedenfalls dann erforderlich (§ 30 GBO.), wenn die Bevollmächtigung nur das Eintragungsverfahren betrifft. Ist aber die Vollmacht für den vorausgegangenen Rechtsstreit erteilt, so unterliegt sie zunächst jedenfalls den für die Prozeßvollmacht geltenden Vorschriften. Hat sie die für den Prozeß vorgeschriebene Prüfung aber bestanden, so muß sie nunmehr auch für die Vollstreckung durch Eintragung genügen. Denn die Prozeßvollmacht umfaßt von Gesetzes wegen (§ 81 ZPO.) auch die Zwangsvollstreckung mit, und eine besondere Art des Nachweises dem Grundbuchamte gegenüber ist nicht vorgeschrieben. Eine Beschränkung der Prozeßvollmacht auf die Zwangsvollstreckungshandlungen, die nicht grundbücherliche Akte wären, würde nur zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten wirksam sein; das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan dürfte sie daher nicht beachten (§ 83 ZPO.). In solchem Falle würde der Machtgeber auf rechtzeitige Einziehung der Vollmacht angewiesen sein, soweit nicht § 83 Abs. 2 ZPO. einschlägt. Im Amtsgerichtsprozesse, in dem der Richter die Vollmacht von Amts wegen zu prüfen hat, würde somit diese Prüfung für den Grundbuchrichter ausreichen; er müßte den vollstreckbaren Schuldtitel auch im Vollmachtspunkt als genügende Eintragungsgrundlage gelten lassen. Für den Landgerichtsprozeß ist eine Prüfung der Vollmacht von Amts wegen nicht vorgeschrieben; die Geltendmachung von Einwendungen im Vollmachtspunkt ist der Partei überlassen. Hat die Partei eine Einwendung nicht zu erheben, so ist damit die Prüfung des Vollmachtspunkts für den Prozeß erledigt; damit aber auch für die Zwangsvollstreckung, die von der Vollmacht mit umfaßt wird. Ist die Prozeßvollmacht von Gesetzes wegen zugleich Eintragungsvollmacht, so darf sie mangels einer besonderen Vorschrift nicht noch einmal von der Eintragungsbehörde geprüft werden, wenn sie die Prüfung im Prozesse, die hier der Gegenpartei obliegt, durchgemacht hat. Ob die Gegenpartei von der Prüfungsmöglichkeit Gebrauch macht oder nicht, ist hierbei gleichgültig; ihrer Disposition ist es überlassen, ob sie die Vollmacht unbeanstandet lassen will, und an diese Disposition ist sodann die Vollstreckungsbehörde gebunden.

7. LG. Colmar, ElsLothJZ. **10** 268. Die Vollmacht zur Vertretung eines Vereins erlischt nicht mit dem Tode oder sonstigen Ausscheiden der Vorstandsmitglieder, welche die Vollmacht erteilt haben, sondern durch rechtsgültigen Widerruf seitens des derzeitigen Vorstandes.

8. Die Entsch. des OLG. Hamburg JDR. **8** § 29 Ziff. IV 3c auch KGJ. **38** A 321.

III. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. **a)** KG., KGJ. **38** A 220. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist zur Verfügung über ein Grundstück auch dann erforderlich, wenn die Verfügung zwecks Erfüllung einer rechtlich erzwing-

baren Verpflichtung zu deren Vornahme bewirkt werden soll. **b)** KG., KGJ. **38** A 219. Der Vormund (Vater) bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Verfügung über ein Grundstück auch dann, wenn die Minderjährigen zusammen mit anderen Personen Miteigentümer des Grundstücks in ungeteilter Erbengemeinschaft sind. **c)** LG. Colmar, ElsLothJZ. **10** 380. Ein Vater kann kraft elterlicher Gewalt für sein minderjähriges Kind das nackte Eigentum an einem Grundstück, an dem ihm selbst vom Verkäufer der lebenslängliche Nutzgenuß eingeräumt wird, erwerben, und für den Kaufpreis zugunsten des Verkäufers oder seines etwaigen Zessionars eine Sicherungshypothek bestellen sowie für dieses die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Falle der Nichteinhaltung der Kaufbestimmungen erklären, ohne daß er hierzu die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen braucht.

2. **RG.** 7. 12. 09, WarnE. **3** 88, GruchotsBeitr. **54** 1118. In denjenigen Fällen, in denen es sich um die staatliche Vermögensverwaltung in den Provinzen handelt und in denen bei dieser Verwaltnng drei Instanzen, die untere örtliche Behörde, die Mittelinstanz und die Zentralinstanz, d. h. die Ministerialinstanz, beteiligt sind, ist es nach einem ungeschriebenen, aber in der Rechtslehre und Praxis des preußischen Rechtes anerkannten und in Einzelbestimmungen sowie in zahlreichen Einzelanwendungen betätigten allgemeinen Grundsatz, abgesehen von besonders geordneten Abweichungen, der Regel nach die Mittelinstanz, die zur prozessualen Vertretung des Fiskus in diesen Vermögensangelegenheiten als berufen zu gelten hat.

3. SchlHolstAnz. **10** 332 (KG.). Eine von dem Oberpostdirektor für den Post-Spar- und Darlehnsverein unter Beidrückung des Stempels der Kaiserlichen Oberpostdirektion abgegebene Erklärung ist als öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO. anzusehen.

4. KGJ. **39** A 149 (KG.). Die Reichsbankstellen sind (öffentliche) Behörden im Sinne des Grundbuchrechts.

5. **RG. 72** 412. Nach der preuß. Städteordnung vom 30. Mai 1853 in Verbindung mit Art. 142 EGBGB. und Art. 12 § 2 PrAGBGB. hat der Bürgermeister den Beamten zur Beurkundung von Immobiliarverträgen, woran die Stadt beteiligt ist, zu ernennen.

6. **a) RG. 73** 73. Im Bereiche der preußischen Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 ist zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, das die Gemeinde gegen Dritte verbinden soll, nach § 88 Nr. 7 daselbst nicht unbedingt erforderlich, daß in der Urkunde über das Rechtsgeschäft der Gemeindebeschluß, auf dem dieses beruht, angeführt wird, sondern es genügt, daß dieser Beschluß vorher dem anderen Teile durch den Gemeindevorsteher mitgeteilt worden ist. Siehe aber auch **RG. 73** 206 unten. **b) RG. 73** 205. Die Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 88 Abs. 4 Nr. 7 der preuß. Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 (GS. 233) macht die abgegebenen Erklärungen nichtig. **c)** KGJ. **38** A 200 (KG.). Eine Landgemeinde in Schleswig-Holstein kann der Verwaltung ihrer Sparkasse die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde nicht verleihen. Der Vorstand der Sparkasse eines Sparkassenverbandes in Schleswig-Holstein hat, wenn auch dem Sparkassenverbande die Rechte einer öffentlichen Körperschaft verliehen sind, nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde. **d)** KGJ. **38** A 240 (KG.). Die in der Provinz Hessen-Nassau für die Veräußerung von Gemeindegrundstücken erforderliche Genehmigung des Kreisausschusses kann auch durch den Vorsitzenden des Kreisausschusses allein wirksam erteilt werden. Die Urkunde über die Genehmigung des Vorsitzenden des Kreisausschusses zur Veräußerung eines Gemeindegrundstücks bedarf für den Grundbuchverkehr der Beidrückung des Siegels des Landrats.

7. KGJ. **39** A 310 (Cöln). Nach den in der Rheinprovinz geltenden Vorschriften bedürfen Wohltätigkeitsanstalten und Stiftungen zur Belastung von Grundstücken der Genehmigung der Bezirksregierung.

8. Die Entsch. des BayObLG., JDR. **8** zu § 29 Ziff. IV 6 auch SeuffBl. **10** 111 und BayObLG. **10** 421.

IV. Offenkundigkeit. 1. *du Chesne, RheinZ. **2** 303 ff. Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit werden im Grundbuchverkehre vermutet. Zu beweisen sind sie nur, wenn Tatsachen vorliegen, die diese Vermutung außer kraft setzen. Dies geschieht dadurch, daß Tatsachen erwiesen werden, die ihrerseits diese erst gedachten Tatsachen wiederum unwirksam machen. Sind solche Widerlegungstatsachen dem Grundbuchamte bereits bekannt, also beweisfrei, so ist die Geschäfts- oder Verfügungsfähigkeit offenkundig (§ 29 GBO.), d. i. die Vermutung für sie wieder wirksam. (S. auch oben Ziff. I 1.)

2. *du Chesne, GruchotsBeitr. **54** 559 ff. Nur da liegt Offenkundigkeit im Sinne des § 29 GBO. vor, wo der Grundbuchbeamte in anderer Eigenschaft zuständigerweise beurkundet hat oder zuständigerweise hätte beurkunden können. S. oben Ziff. I 1.

§ 30. 1. HessRspr. **11** 12 (Darmstadt). Der Antragsteller hat bei Stellung seines Antrags die vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils vorgelegt. In diesem Urteil ist RAnw. S. als Prozeßbevollmächtigter des Gläubigers bezeichnet. Da das Urteil und die Ausfertigung öffentliche Urkunden im Sinne des § 29 GBO. sind, ist auch die Vollmacht des Antragstellers durch eine öffentliche Urkunde erwiesen, zumal nach § 88 ZPO. im Amtsgerichtsprozesse der Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen ist; dem Erfordernisse des § 30 ist also genügt. S. auch oben bei § 29 Ziff. II 6.

2. HessRspr. **11** 38 (Darmstadt). Der Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 867 ZPO. bedarf nicht der Form des § 29 GBO.

§ 34. 1. DJZ. **10** 708, KGJ. **39** A 180 (KG.). Die Gütertrennung kann dem GBA. auch anders als durch ein Zeugnis aus dem Güterrechtsregister, namentlich durch den Ehevertrag nachgewiesen werden. Die Meinung der Literatur, daß der Ehevertrag nach geraumer Zeit seit seinem Abschlusse die Beweiskraft für Grundbuchakte verliere, ist irrig. Es ist mit der Erfahrungstatsache zu rechnen, daß die Vereinbarung über das Güterrecht nur selten wieder eine Änderung erfährt. Deshalb ist der Fortbestand der Vereinbarung anzunehmen, bis sich Anhaltspunkte für das Gegenteil ergeben. Andernfalls würde entweder ein unzulässiger Zwang zur Eintragung des Ehevertrags in das Güterrechtsregister geübt oder die Frau unter Umständen zu Maßnahmen gegen den Mann wegen eines Anerkenntnisses genötigt werden.

2. KGJ. **39** A 180 (KG.). Durch den Nachweis eines Rechtsakts, der kraft Gesetzes den Eintritt der Gütertrennung bewirkt — es handelte sich um den Fall des § 1419 BGB. (Eintritt der Gütertrennung infolge der Rechtskraft des Beschlusses über die Eröffnung des Konkurses des Mannes) — wird dem Grundbuchamte nicht nur die Entstehung der Gütertrennung, sondern auch deren Fortbestehen trotz erheblicher Zwischenzeit so lange nachgewiesen, bis sich bestimmte Anhaltspunkte für eine Aufhebung der Gütertrennung ergeben.

3. KGJ. **38** A 212 (213) (KG.). Es ist grundsätzlich anzunehmen, daß die von dem Ehemanne während der Gütergemeinschaft erworbenen Hypotheken zum Gesamtgute gehört haben. Ein besonderer Nachweis der Zugehörigkeit zum Gesamtgute würde erst dann zu erfordern sein, wenn infolge besonderer Umstände begründete Zweifel an dem Vorhandensein dieser Eigenschaft beständen (Güthe, GBO. § 34 Anm. 16). Solche Zweifel sind aber insbesondere nicht schon um deswillen gegeben, weil die Hypotheken auf den Namen des Mannes eingetragen sind.

4. HansGZ. **10** Beibl. 49 (Hamburg). Die Frage, ob der Nachweis, daß eine Ehefrau in getrennten Gütern lebe (und also ohne Zustimmung ihres Mannes über das Grundstück verfügen könne), nur dem Notar erbracht sein muß und die von diesem hierüber ausgestellte Urkunde ausreicht, oder ob jener Nachweis dem Grundbuchrichter selbst zu erbringen ist, ist im Sinne der zweiten Annahme zu entscheiden.

5. R. **10** Nr. 3255 (BayObLG.). Das Grundbuchamt darf sich hinsichtlich des ehelichen Güterstandes der Beteiligten nicht mit der Bemerkung begnügen, angeblich bestehe ein bestimmter Güterstand.

§ 36. I. Erbschein und Verfügung von Todes wegen. 1. KGJ. **38** A 225 (KG.). Das Grundbuchamt ist, wie das KG. wiederholt ausgesprochen hat, verpflichtet, eine ihm gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 GBO. vorgelegte Verfügung von Todes wegen nach Form und Inhalt zu prüfen, und zu dem Verlangen nach Vorlegung eines Erbscheins nur dann berechtigt, wenn die Verfügung zu wirklichen Zweifeln Anlaß gibt, wenn es insbesondere zur Auslegung der Verfügung oder zur Feststellung der Personen der eingesetzten Erben der Anstellung besonderer Ermittlungen bedarf (KGJ. **24** A 221, **29** A 159, **34** A 233, OLG. **6** 15, **9** 335). Die Prüfungspflicht des Grundbuchsamts erstreckt sich aber nur auf die Form und den Inhalt der Verfügung und des Eröffnungsprotokolls. . . . . Wenn die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit anderen öffentlichen Urkunden das Erbrecht beweist, so kann das Grundbuchamt die Vorlegung eines Erbscheins verlangen. Das Grundbuchamt braucht insbesondere nicht zu prüfen, ob einer von mehreren Testamentserben vor dem Erblasser gestorben und sein Erbteil den neben ihm eingesetzten Erben angewachsen ist.

2. R. **10** Nr. 3414, ElsLothNotZ. **10** 363 (Colmar). Zum Nachweise der Erbfolge ist dem Grundbuchamte mit Rücksicht auf § 2361 BGB. regelmäßig der Erbschein in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift genügt nicht, es sei denn, daß aus anderen Umständen die Tatsache festgestellt werden kann, daß der Erbschein nicht eingezogen worden ist.

3. RJA. **10** 277 (KG.). Ein Erbschein, der immer nur mit Bezug auf individuell bestimmte Personen dem „Nachweise der Erbfolge" (§ 36 GBO., §§ 2353, 2365 BGB.) dienen kann, kommt neben dem Nachlaßpfleger nicht in Frage. Anders verhält es sich, wenn der Pfleger den unbekannten Miterben eines unbestimmten Erbstranges lediglich auf Grund des § 1913 BGB. bestellt worden ist. Hier ist der Pfleger nicht Vertreter des Teilerben als solchen, sondern nur Vertreter bestimmter, bisher ihrer Person nach noch nicht feststehender Beteiligter. In diesem Falle würde allerdings gemäß § 36 GBO. ein Nachweis der Erbfolge der Vertretenen durch einen Erbschein, soweit ein solcher möglich ist, geboten sein.

4. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 102. Ist der Erbschein unverständlich oder erhellt seine Unrichtigkeit aus seinem Inhalt oder liegen sonst besondere Tatsachen vor, welche die Unrichtigkeit des Erbscheins klar ergeben und vom Nachlaßgericht offenbar nicht berücksichtigt sind, so darf das GBAmt die Bedenken nicht unberücksichtigt und einfach dem Nachlaßgerichte die Verantwortung überlassen, sondern es hat je nach Lage der Sache den auf den Erbschein gestützten Eintragungsantrag zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine Frist zu setzen, um die Erteilung eines anderen Erbscheins zu erwirken.

5. ZBlFG. **11** 43 (Dresden). Ausweis der Erbeneigenschaft gegenüber dem Grundbuchamte durch eine österreichische Einantwortungsurkunde.

II. Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft. 1. BayObLG., SeuffBl. **10** 527, R. **10** Nr. 1817. Nach den Vorschriften der GBO. darf das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur auf Grund eines von dem

Nachlaßgerichte dem überlebenden Ehegatten auf dessen Antrag über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft erteilten Zeugnisses als nachgewiesen angenommen und in das Grundbuch eingetragen werden, ein anderweitiger Nachweis ist ausgeschlossen. ..... Das Zeugnis kann und soll nicht über einen Nachlaß Aufschluß geben; die Vorbereitung und Ausstellung des Zeugnisses ist keine Nachlaßbehandlung. Daß die Erteilung des Zeugnisses dem Nachlaßgericht übertragen wurde, beruht ebenso auf Zweckmäßigkeitserwägungen, wie die Bestimmung, daß auf das Zeugnis die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung zu finden haben.

2. ElsLothJZ. **10** 379 (Colmar). Der Nachweis der nach § 1483 BGB. fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft ist beim Verkauf einer zu dieser gehörigen Liegenschaft notwendig. Vorlage eines Erbscheins genügt nicht.

3. HansGZ. **10** Beibl. 45 (Hamburg). Ob man den Abs. 2 des § 36 eine Bestimmung über fortgesetzte Gütergemeinschaft nennen kann, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist er keine Bestimmung, die auf das Rechtsverhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft Anwendung finden könnte. Anwendung finden kann er nur auf das Verfahren in Grundbuchsachen.

4. HansGZ. **10** Beibl. 239 (Hamburg). Richtig ist, daß § 36 Abs. 2 GBO. an sich nur auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft des BGB. anwendbar ist. Allein nach § 1 des Hamburgischen Güterstandsgesetzes vom 14. Juli 1899 finden auf den Güterstand derjenigen zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen, für welche bislang das hamburgische Recht maßgebend gewesen ist, an Stelle dieses Rechtes die Vorschriften der Reichsgesetze über allgemeine Gütergemeinschaft Anwendung, soweit nicht in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist. Zu den Vorschriften der Reichsgesetze über allgemeine Gütergemeinschaft gehört § 36 Abs. 2 GBO. Denn er enthält Vorschriften darüber, wie dem Grundbuchamte das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft nachzuweisen ist. Daraus ergibt sich unmittelbar, daß § 36 Abs. 2 GBO. maßgebend ist auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft des hamburgischen Rechtes nach hamburgischen Ehen, die beim Inkrafttreten des BGB. bestanden.

III. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. Gutmann, Erbschein oder Testamentsvollstreckerzeugnis, DNotV. **10** 672. Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand ist „nur" auf Grund des im § 2368 BGB. vorgesehenen Zeugnisses als nachgewiesen anzunehmen (§ 36 Abs. 2 Satz 1 GBO.). Weitere Nachweise, insbesondere der der Erbfolge durch einen Erbschein sind demgemäß entbehrlich und belanglos. Hätte der Gesetzgeber der Grundbuchordnung als weitere Voraussetzung für die grundstücksrechtliche Tätigkeit des Testamentsvollstreckers den Nachweis der Erbfolge bestimmen wollen, so hätte er dieses Erfordernis im § 36 Abs. 2 zum Ausdruck bringen müssen. Die beiden Absätze im § 36 stehen zueinander im Verhältnisse des Gegensatzes.

2. KG., FrankfRundsch. **44** 13. Bei dem Nachweise der Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers hat der Grundbuchrichter als Beweismittel auch allgemeine Erfahrungstatsachen zu berücksichtigen und zu würdigen.

§ 37. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 104. Dem Zeugnisse fehlt der öffentliche Glaube des Erbscheins, es kann als ein gegenständlich beschränktes Erbschaftszeugnis bezeichnet werden.

§ 39. I. Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. 1. BayObLG., KGJ. **38** A 322, RJA. **10** 159. Die landesrechtlichen Gebührengesetze können die auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts vorzunehmende Eintragung des Erstehers eines Grundstücks als Eigentümers im Grundbuche davon abhängig machen, daß die Zahlung oder Sicherstellung von Besitzveränderungsgebühren nachgewiesen wird.

2. KG., DJZ. **10** 485. Zur Sicherung des Widersprechenden muß bei einer infolge Vereinbarung stehenbleibenden Hypothek ein Vermerk eingetragen werden, daß im Kaufgelderbelegungstermine Widerspruch erhoben ist und die Hypothek im Falle

des Obsiegens des Widersprechenden zu löschen ist. Zugleich ist der Anspruch gegen den Ersteher auf das Kaufgeld in Höhe der Hypothek dem Widersprechenden unter der Bedingung zu überweisen, daß der Widerspruch gerechtfertigt sei. Zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs müßte eine Sicherungshypothek für den Widersprechenden im gleichen Range mit der übernommenen Hypothek eingetragen werden, aus der Eintragung aber erhellen, daß im Falle des Unterliegens des Widersprechenden die Sicherungshypothek zu löschen ist. Es muß ferner erhellen, daß das Grundstück nur einmal belastet ist, nämlich entweder mit der übernommenen Hypothek oder mit der Sicherungshypothek.

3. Oppenheimer, BadNotZ. **10** 19. Durch §§ 85, 86 RStempG. vom 15. Juli 1909 ist die Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses und die Eintragung des Erstehers in das Grundbuch im Zwangsversteigerungsverfahren nicht behindert.

II. Ersuchen der Generalkommission. KG., KGJ. **38** A 246. Das von der Generalkommission in einer Separationssache an das Grundbuchamt gerichtete Ersuchen, an Stelle eines zur Separation gezogenen Grundstücks oder Rechtes ein Abfindungsgrundstück in das Grundbuch einzutragen, darf mangels Bezeichnung des Berechtigten nicht abgelehnt werden, wenn erkennbar ist, auf wessen Namen das Abfindungsgrundstück eingetragen werden soll.

III. Ersuchen der Deichbehörde. KG., KGJ. **39** A 186. Der Beschluß des Deichhauptmanns, durch den der Eigentümer eines eingedeichten Grundstücks für verpflichtet erklärt wird, dieses zu Deichzwecken an den Deichverband abzutreten, ist in Verbindung mit einem Unschädlichkeitszeugnisse der zuständigen Generalkommission eine ausreichende Grundlage für das Ersuchen des Deichhauptmanns um lastenfreie Umschreibung des Eigentums auf den Deichverband.

§ 40. I. Die Vorschrift des Abs. 1. 1. KG., KGJ. **39** A 190. Derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird, ist dann nicht als der Berechtigte eingetragen, wenn die Eintragung nicht ersehen läßt, um was für ein Recht es sich handelt.

2. SächsOLG. **31** 442, SeuffA. **65** 304 (Dresden). Nach § 40 Abs. 1 GBO. soll allerdings eine Eintragung in das Grundbuch nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht dadurch betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Wie jedoch in **RG. 61** 379 ausgeführt wird, ist diese Vorschrift nicht derartig streng wörtlich und formalistisch zu verstehen, daß sich zur Eintragung der Abtretung einer Hypothek, die nicht mehr dem eingetragenen Gläubiger zusteht, unbedingt zunächst die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den neuen Gläubiger erforderlich machte, vielmehr genügt in einem solchen Falle, wenn sonst die Rechtsnachfolge klar liegt, eine einzige entsprechende Eintragung, d. i. eine einheitliche Eintragung, in welcher zugleich des erfolgten Überganges der Hypothek auf den abtretenden Gläubiger Erwähnung getan wird.

3. a) BayObLG. **10** 454, SeuffBl. **10** 76 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. gilt auch, abgesehen von dem Falle des § 1179 BGB., für die Eintragung von Vormerkungen und zwar auch, wenn die Vormerkung in Gemäßheit des § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs eingetragen werden soll. **b) RG. 72** 274, SeuffBl. **10** 106, BayNotZ. **10** 51, BayObLG. **10** 457, JW. **10** 73. Die durch die Vormerkung zu sichernde Verpflichtung zu Verfügungen über künftige Eigentümergrundschulden ist obligatorischer Natur und daher ohne Zweifel zulässig; ihre Eintragung aber unterliegt denselben Beschränkungen, wie die Eintragung der dinglichen Verfügung. Insbesondere greift, wie allgemein und auch vom Kammergerichte (RJA. **5** 194, **6** 56) anerkannt ist, § 40 GBO. bei der Eintragung von Vormerkungen ebenfalls Platz.

4. ElsLothNotZ. **10** 142, R. **10** Nr. 766, ElsLothJZ. **10** 92 (Colmar). Der § 40 Abs. 1 GBO. ist dahin zu verstehen, daß das betroffene Recht in allen seinen Rechtsbeziehungen so eingetragen sein muß, wie es der materiellen Rechtslage entspricht. Eine Eintragung des B e r e c h t i g t e n kann also erst dann als vorhanden angenommen werden, wenn auch i n h a l t l i c h das dem Berechtigten zustehende Recht ordnungsmäßig eingetragen ist, und dazu gehört, wenn ein Recht mehreren zusteht, daß die Art der Gemeinschaft richtig zum Ausdrucke gebracht wird (vgl. § 48 GBO.).

5. KG., OLG. **20** 406. Daß der E i n t r a g u n g des Eigentumsüberganges die Eintragung des Bruchteils vorangehen muß, ergibt sich aus § 40[1] mit § 48 GBO. Danach darf, wenn bei einer Eintragung einer von mehreren Miteigentümern eines Grundstücks passiv beteiligt ist, die Eintragung nur dann erfolgen, wenn der Betroffene gemäß § 48 GBO. so genau im Grundbuch als Mitberechtigter eingetragen steht, daß sein Anteil in einem Bruchteil angegeben ist.

6. LG. Metz, ElsLothNotZ. **10** 55. Ein auf den Namen des Ehemanns eingetragenes gütergemeinschaftliches Grundstück kann auf Grund des nach dem Tode der Ehefrau durch deren Erben und den Ehemann abgeschlossenen obligatorischen und dinglichen Vertrags erst nach Berichtigung des Grundbuchs auf den neuen Erwerber eingetragen werden.

7. ZBlFG. **10** 638, SächsOLG. **31** 159 (Dresden). Dem § 40 ist dann genügt, wenn derjenige, dessen Eigentum mit seiner Zustimmung durch die Auflassung eines Dritten betroffen wird, als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Die Eintragungsbewilligung eines Nichtberechtigten aber, der von dem Berechtigten zugestimmt wird, ist im Hinblick auf die Vorschriften des § 185 BGB. gerade so zu beurteilen, als wenn sie von dem Berechtigten selbst erklärt worden wäre, so daß auch der § 19 GBO. der Vornahme der beantragten Eintragung nicht entgegensteht (vgl. **RG. 54** 367, KGJ. **23** A 136, OLG. Jena, OLG. **5** 418, G ü t h e Anm. 34 zu § 19 und Anm. 8 zu § 40 GBO., O b e r n e c k (4) I 333; T u r n a u - F ö r s t e r 475 Anm. 6 zu § 925 BGB.).

8. W o l f, Sachenrecht, 80. Eine E i n s c h r ä n k u n g d e r V o r e i n t r a g u n g s p f l i c h t i s t g e b o t e n. Es wäre unverständlich, wenn man die Voreintragung auch da fordern würde, wo die Nacheintragung w e d e r a u f e i n e r E i n t r a g u n g s b e w i l l i g u n g d e s B e t r o f f e n e n n o c h a u f e i n e m g e g e n i h n g e r i c h t e t e n v o l l s t r e c k b a r e n T i t e l b e r u h t. Für einen Fall wird dies überall anerkannt: für § 927 BGB., mit Recht, obwohl im § 927 kein Wort davon steht. Das gleiche muß gelten, wenn die Enteignungsbehörde die Eintragung des neuen Eigentümers beantragt, der alte Eigentümer aber nicht eingetragen war. Aber es bedarf der Voreintragung auch da nicht, wo die neue Eintragung auf Grund eines Unrichtigkeitsnachweises durch öffentliche Urkunden (§ 22 GBO.) erfolgen soll. War eine Hypothek z. B. fälschlich gelöscht und wird dies durch eine Urkunde über die Entmündigung des Hypothekars aus der Zeit der Löschungsbewilligung bewiesen, so kann die Berichtigung geschehen, ohne daß der wahre Grundeigentümer zuvor eingetragen wird. Daß § 40 so aufzufassen ist, dürfte aus § 41 folgen; danach fällt die Voreintragung dann fort, wenn eine Eintragungsbewilligung des Erblassers usw. oder ein gegen ihn vollstreckbarer Titel vorliegt; um vieles mehr dann, wenn die Eintragung weder auf Grund einer Eintragungsbewilligung noch auf Grund eines vollstreckbaren Titels begehrt wird; man kann schlechterdings nicht für die Wiedereintragung der gelöschten Hypotheken die Voreintragung des Erben dann als entbehrlich erachten, wenn der Testamentsvollstrecker sie bewilligt hat, und dann fordern, wenn der Testamentsvollstrecker gar nicht in Tätigkeit trat. § 41 hat mit Recht die beiden Fälle der Bewilligung und des Vollstreckungstitels hervorgehoben, weil in anderen Fällen schon nach § 40 die Voreintragung entbehrlich war.

9. KG., KGJ. **39** A 218. Ist im Grundbuch als Eigentümerin die Firma einer offenen Handelsgesellschaft mit dem Zusatz „offene Handelsgesellschaft" eingetragen und wandelt sich diese Gesellschaft durch Eintritt eines Kommanditisten unter Beibehaltung der Firma in eine Kommanditgesellschaft um, so kann das Grundbuchamt die Eintragung der von der Kommanditgesellschaft bewilligten Hypotheken so lange ablehnen, bis im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO.) die Umschreibung der Eigentümerin erfolgt ist.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. KG., KGJ. **38** A 212. Wenn der mit den Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebende Ehegatte eine zum Gesamtgute gehörende, auf den Namen des verstorbenen Ehegatten eingetragene Hypothek unter Übergabe des Briefes durch schriftliche Erklärung an einen Dritten abgetreten hat, so bedarf es zur Eintragung des neuen Gläubigers nicht der vorgängigen Eintragung der Teilhaber an der fortgesetzten Gütergemeinschaft. .... (219). Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. findet, wie in dem Beschlusse vom 30. 3. 08 (KGJ. **36** A 242) ausgeführt ist, auf berichtigende Eintragungen, die auf Grund einer Übertragung des Rechtes erfolgen, keine Anwendung.

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. **a)** KG., DJZ. **10** 540. Regelmäßig hat der Vorerbe zu beweisen, daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliegt. Ausnahmen gelten nur für die Fälle, in denen die Entgeltlichkeit der Verfügung bei dem Grundbuchamt offenkundig ist, oder in denen die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird. Durch die Sachlage wird die Unentgeltlichkeit regelmäßig dann ausgeschlossen, wenn die Erklärung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen Geschäfts sind und die andere Vertragspartei ein unbeteiligter Dritter ist. **b)** Die Entsch. des KG. JDR. **8** zu § 41 Ziff. I 1 auch KGJ. **38** A 223 und OLG. **21** 326. Übereinstimmend: KG. 15. 11. 09, DNotV. **10** 68. **c)** LG. Magdeburg, NaumburgAK. **10** 61. Durch die Sachlage wird die Unentgeltlichkeit ausgeschlossen, wenn die Erklärungen der befreiten Vorerbin Bestandteil eines zweiseitigen Geschäfts (Kaufvertrags) sind und die andere Vertragspartei ein unbeteiligter Dritter ist.

2. KG., DNotV. **10** 915. Das RG. (**RG. 69** 257) und ihm folgend das KG. (KGJ. **38** A 223) haben die Ansicht aufgestellt, daß es eines Beweises der Entgeltlichkeit dann nicht bedürfe, wenn die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird. Während das RG. in seiner Entscheidung die Unentgeltlichkeit im Falle der Führung eines kontradiktorischen Prozesses für ausgeschlossen hält, hat das KG. einen solchen Ausschluß für den Fall angenommen, daß die Eintragungsbewilligung den Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts bildet. Diese beiden Fälle sind aber nur Beispiele. Daher kann das, was das RG. und das KG. in diesen Entscheidungen ausgesprochen haben, auch für andere Fälle Geltung gewinnen..... So kann in einem Falle, in welchem die Vorerbin mehr als die Hälfte des ihr und ihren Kindern zugefallenen Nachlasses sich und den Kindern zugunsten Fremder entzieht und der Notar bescheinigt, daß sie dafür eine Geldleistung empfangen hat, von einer unentgeltlichen Verfügung „füglich" nicht die Rede sein.

3. ElsLothNotZ. **10** 22 (Colmar). Der befreite Vorerbe kann über ein Grundstück ohne Eintragung der Rechte des Nacherben und ohne die grundbuchmäßig erteilte Zustimmung verfügen, wenn die Entgeltlichkeit der getroffenen Verfügung beim Grundbuchamt offenkundig oder die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen ist.

4. **a)** HessRspr. **11** 107 (Darmstadt). Es handelt sich um einen notariellen Vertrag, der nicht nur als Kaufvertrag bezeichnet ist, sondern auch nach seinem Inhalte durchweg als entgeltlicher Vertrag sich darstellt. Der Kaufpreis, der teils in bar, teils durch Übernahme einer Hypothekenschuld berichtigt werden soll, übersteigt sogar den

Schätzungswert der Grundstücke, und außerdem kommen der Verkäuferin noch weitgehende Einsitz- und Nutzungsrechte zu. Die Hypothekenschuld ist bereits laut vorliegender Urkunde von den Käufern übernommen. Anhaltspunkte dafür, daß alle diese Abmachungen nur zum Schein getroffen seien, liegen nicht vor. Das OLG. ist deshalb der Ansicht, daß im vorliegenden Falle die Entgeltlichkeit der Verfügung außer Zweifel stehe und Unentgeltlichkeit durch die Sachlage ausgeschlossen sei. Der Einwilligung der Nacherben oder des vorgängigen Eintrags der Nacherbschaft bedarf es deshalb nicht (aM. das nachstehend aufgeführte OLG. Darmstadt). **b)** Hess. Rspr. **11** 108, DNotV. **10** 913 (Darmstadt). Die Vertragsurkunde selbst kann nicht ausschlaggebend insofern sein, da durch deren Fassung eine in Wirklichkeit unentgeltliche Verfügung verdeckt worden sein kann (vgl. **RG. 61** 228, **65** 214, OLG. **6** 320, **9** 403). Es ist darum in derartigen Fällen nötig, daß der Nacherbe selbst die Entgeltlichkeit anerkennt und seine Einwilligung zu der Veräußerung gibt. Nur dann, wenn es klar zutage liegt, daß die Verfügung nur entgeltlich sein kann, ist dies überflüssig (vgl. JW. **08** 683[17]).

5. LG. Stendal, NaumburgAK. **10** 37. Wenn der Zessionar einer Hypothek in notariell beglaubigter Urkunde erklärt, daß er das Abtretungsentgelt bar gezahlt habe, so ist darin mangels besonderer Umstände ein Nachweis der Entgeltlichkeit der Zession zu erblicken.

6. SchlHolstAnz. **10** 225 (Kiel). Eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben liegt nicht schon dann vor, wenn keine Barzahlung erfolgt, sofern dafür wirtschaftliche Vorteile anderer Art gewährt werden.

7. LG. II Berlin, KGBl. **10** 81. Ein strikter Nachweis der Unentgeltlichkeit ist unmöglich, selbst eine in Form des § 29 GBO. ausgestellte Erklärung des Testamentsvollstreckers oder eines Dritten, daß es sich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handelt, würde unerheblich sein. Denn diese Urkunde würde nur erweisen, daß die Erklärung abgegeben, nicht daß ihr Inhalt richtig ist (KGJ. **33** A 172). Der Grundbuchrichter muß sich daher damit begnügen, aus der Gesamtheit der ihm vorliegenden Tatsachen und im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit der ihm vorliegenden Erklärungen etwaige Bedenken zu entnehmen, er darf aber nicht ohne Angabe solcher Bedenken den Urkundeninhalt als unwahr ansehen.

8. LG. Tübingen, WürttZ. **10** 236. Ein Fall, daß die Entgeltlichkeit durch die Sachlage ausgeschlossen ist, liegt vor, wenn das Grundstück öffentlich versteigert wird.

9. BadRpr. **10** 89 (Karlsruhe). Das OLG. schließt sich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in der Nacherbenrechtsfrage (**RG. 61** 229, **65** 214) an.

10. du Chesne, R. **10** 433. Wenn das KG. ausführt, eine Vermutung vermöge den grundbuchrechtlich erforderlichen Beweis nicht zu ersetzen, so irrt es eben darin, daß in den durch Vermutung gedeckten Fällen grundbuchrechtlich ein Beweis erfordert werde; dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Vermutung durch tatsächliche Gründe entkräftet wird. Es ist auch nur scheinbar zutreffend, wenn gesagt wird, für die Entgeltlichkeit eines Geschäfts spreche nur eine recht unbestimmte tatsächliche Vermutung; denn es handelt sich um die Rechtsvermutung der unbeschränkten Verfügungsfähigkeit des befreiten Vorerben, und dieser gegenüber kommt nur die Unentgeltlichkeit und diese nur als eine Gegentatsache, ein Zweifelsgrund der oben bezeichneten Art in Frage. Hat demnach das Grundbuchamt sicheren Anhalt für das Vorliegen eines unentgeltlichen Geschäfts des befreiten Vorerben, so kann und muß es nach dem Gesagten kraft seiner Prüfungspflicht diesen Grund gegen die unbeschränkte Verfügungsfähigkeit des Vorerben geltend machen und damit den Antragsteller zu deren Nachweise nötigen.... Für entgeltliche Geschäfte ist der befreite Vorerbe unbeschränkt verfügungsfähig. Die Entgeltlichkeit des Geschäfts ist demnach eine Tatsache, die das Vorliegen der unbeschränkten Verfügungsfähigkeit des Vorerben schlüssig begründet. Diese Tat-

sache wird durch die zugunsten der unbeschränkten Verfügungsfähigkeit hinsichtlich der abgegebenen Willenserklärung sprechende Vermutung ebenso beweisfrei gemacht, wie alle andern die Verfügungs- und Geschäftsfähigkeit begründenden Tatsachen, z. B. geistige Gesundheit u. a. m. Beweisbedürftig wird sie erst dadurch, daß das Grundbuchamt sie auf Grund ihm zuverlässig bekannter schlüssiger Tatsachen in Zweifel zieht; alsdann muß die Entgeltlichkeit des Geschäfts und damit die unbeschränkte Verfügungsfähigkeit des befreiten Vorerben bewiesen werden. Dazu genügt bereits, ist andererseits aber auch erforderlich, daß die Zweifelsgründe des Grundbuchamts durch urkundlich belegte Tatsachen (§ 29 GBO.) entkräftet werden, weil alsdann wieder die Beweisbefreiung kraft der ursprünglichen Vermutung eintritt. Diese Rechtslage bei Geschäften des befreiten Vorerben unterscheidet sich von der bei sonstigen Geschäften hinsichtlich der Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit der Beteiligten nur dadurch, daß hier die Voraussetzung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit, die Entgeltlichkeit, zugleich eine Tatsache ist, die zum Inhalte des Geschäfts gehört und daß sie deshalb den Beweisvorschriften des § 29 GBO. über rechtsgeschäftliche Tatsachen folgt, nicht, wie die sonstigen Voraussetzungen der Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit, einen Beweis durch öffentliche Urkunden erfordert (§ 29 aE.). Liegen freilich einmal Tatsachen vor, die gegen die Entgeltlichkeit sprechen, so ist es auch mit Vorlegung zweiseitiger rechtsgeschäftlicher Erklärungen nicht getan: Denn wenn Tatsachen gegen die Entgeltlichkeit sprechen, so können sie nicht durch Behauptungen der Beteiligten zum Schweigen gebracht werden, auch wenn sie von allen Beteiligten aufgestellt werden. Vielmehr muß alsdann der Beweis die Zweifelstatsachen widerlegen, wie schon oben ausgeführt; sind sie entkräftet, so besteht wiederum die Vermutung mit ihrer Wirkung, der Beweisbefreiung. Mag es aber für einen solchen Widerlegungsbeweis auch eines anderen Verfahrens, z. B. des Zivilprozesses, bedürfen, so ändert dies doch nichts daran, daß der Beweis doch dem Grundbuchamte mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln, — nämlich durch Vorlegung des erstrittenen Urteils — zu erbringen ist. Der Zivilprozeß und das Beweisverfahren in ihm stellt sich demnach vom Standpunkte des Grundbuchverfahrens nur als die Form dar, in der die Urkunde als grundbücherliches Beweismittel zustande kommt.

11. du Chesne, WürttZ. **10** 289—296. Indem das Grundbuchverfahren den Beweis auf Urkunden beschränkt, schafft es auf der einen Seite eine relativ hohe Sicherheit für das Vorliegen des zu bewährenden Rechtsverhältnisses, vergröbert aber auf der anderen Seite das Verfahren, indem es andere, weniger äußerliche Prüfungsmethoden dem Grundbuchbeamten entzieht. Kommt man daher irgendwo zu dem Ergebnisse, daß irgendein Beweis mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens überhaupt nicht zu erbringen sei, vielmehr ein anderes, vom Gesetz aber nicht ausdrücklich vorgesehenes Verfahren erfordere, so wird die Folgerung die sein, daß der betreffende Beweis alsdann im Grundbuchverfahren gar nicht verlangt werden dürfe. Das Grundbuchbeweisverfahren ist eben auf die sonst zulässigen Beweismethoden absichtlich nicht eingerichtet, und muß daher gewisse Mängel in Kauf nehmen; deshalb heißt aber das Aufzeigen dieser Mängel noch nicht, das Grundbuchbeweisverfahren als unzulänglich ausschalten. Man denke an den bekannten Streit über den Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben.

II. Anwendungsgebiet des § 41 im übrigen. 1. KG., KGJ. **38** A 212. Der überlebende Ehegatte und die mit ihm in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kinder sind in Ansehung einer zum Gesamtgute gehörenden, auf den Namen des verstorbenen Ehegatten eingetragenen Hypothek nicht Erben des eingetragenen Berechtigten.

2. *Pringsheim, Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils, 94 ff.

Erbe im Sinne dieser Vorschrift ist nicht der Erwerber eines Erbteils (§ 2033 Abs. 1 BGB.).

3. LG. Altona, SchlHolstAnz. **10** 315. Bei Fusion zweier Aktiengesellschaften (Banken) kann die Abtretung einer der jetzt aufgelösten Gesellschaft zustehenden Hypothek seitens der übernehmenden Gesellschaft erst nach ihrer Eintragung im Grundbuch als der Berechtigten erfolgen. . . . . Eine Erbschaft im Sinne des § 41 liegt nicht vor. Auf eine Gesamtrechtsnachfolge nach §§ 304, 306 HGB. kann diese Bestimmung keine Anwendung finden, da diese als eine Ausnahmevorschrift nicht ausdehnend ausgelegt werden kann.

4. LG. Leipzig, BuschsZ. **40** 330. Ein Zwischenantrag des Erben ist nicht nötig, wenn eine für dessen Erblasser eingetragene Hypothek einem Dritten an Zahlungsstatt überwiesen wird. . . . . Es besteht kein Bedenken, auch die nach § 835 ZPO. erfolgende Zwangsüberweisung einer gepfändeten Hypothekenforderung nach Maßgabe des § 41 GBO. von dem Erfordernisse des Zwischeneintrags zu befreien (so auch Predari, Grundbuchordnung 578, Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II 448).

§ 42. 1. KG., KGJ. **38** A 295. Wenn bei einer Briefhypothek der Vorschrift des § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. zuwider eine Eintragung vorgenommen ist, ohne daß der Hypothekenbrief vorgelegt war, so kann die nachträgliche Vorlegung des Briefes nicht erzwungen werden. . . . (298). Lediglich für die bestimmten Ausnahmefälle, in denen die Eintragung ohne Vorlegung des Briefes zugelassen ist, wird dem Grundbuchamte nach § 62 Abs. 2 GBO. die Befugnis beigelegt, die Vorlegung des Briefes gegenüber dem jeweiligen Besitzer unmittelbar zu erzwingen. Ein allgemeines Zwangsrecht behufs Beschaffung des Briefes hat also dem Grundbuchamt offensichtlich nicht eingeräumt werden sollen; es ist vielmehr, wie auch die Denkschrift zur GBO. (Heymanns Mat. 52) ergibt, zur Wahrung der Verkehrssicherheit für ausreichend erachtet, die Vornahme der Eintragung von der vorgängigen Vorlegung des Hypothekenbriefs abhängig zu machen. . . . . Die Vorlegung des Briefes nach der ordnungswidrigen Vornahme der Eintragung dient daher nicht sowohl dem Interesse der Verkehrssicherheit, als vielmehr dem Interesse des Staates an der Ausschließung von Regreßansprüchen. Dieses fiskalische Interesse vermag aber die Anwendung von Zwangsmaßregeln gegen den Besitzer über die durch die ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes gezogene Grenze hinaus nicht zu rechtfertigen. Die in den älteren Entscheidungen des KG. (KGJ. **21** A 147 und 286) vertretene abweichende Ansicht ist bereits in dem Beschlusse vom 9. März 1905 (OLG. **10** 442) und in einem nicht veröffentlichten Beschlusse vom 28. 1. 1906 (1. Y. 42/06) aufgegeben worden.

2. KG., ZBlFG. **11** 331. Wenn das Grundbuchblatt bei einer Briefhypothek eine Eintragung vorgenommen und diese auf dem von dem Antragsteller nicht vorgelegten, aber aus anderer Veranlassung in Verwahrung des Grundbuchamts befindlichen Briefe vermerkt hat, ohne sich des Einverständnisses des Passivbeteiligten mit dieser Verwendung des Briefes zu vergewissern, so liegt hierin eine Verletzung des § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. Diese Bestimmung enthält aber eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung die Unwirksamkeit der Eintragung nicht nach sich zieht. Nur wenn das Gläubigerrecht des Passivbeteiligten, das durch die Vorlegung des Briefes dargetan werden soll, zur Zeit der Eintragung nicht bestand, liegt ein materieller, die Ungültigkeit der Eintragung bewirkender Mangel vor.

3. **RG. 73** 50. Der § 42 ist nur eine Ordnungsvorschrift, die den Rechtserwerb des Beklagten nicht verhindern konnte, sofern nur diejenigen, die die Eintragung bewilligten, noch verfügungsberechtigt waren.

4. KG., KGJ. **38** A 294. Die durch eine einstweilige Verfügung angeordnete Eintragung eines Widerspruchs, der sich gegen die Übertragung der Briefhypothek richtet, soll nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird.

5. KG., PrVerwBl. **31** 839. Der Antrag der Enteignungsbehörde, die Berichtigung des Grundbuchs gemäß §§ 33, 24 Abs. 4 des Enteignungsgesetzes vorzunehmen, bezweckt auch die Löschung der nach § 45 untergegangenen Privatlasten. Für dieses Verfahren sind die §§ 42—44 GBO. ausgeschaltet, so daß die Vorlegung der Hypothekendokumente auf den Antrag der Enteignungsbehörde nicht notwendig ist. Die Anwendung des § 42 a.a.O. ist auch dann auszuschließen, wenn der neue Eigentümer nach seiner Eintragung einen Löschungsantrag neben dem Bezirksausschusse gestellt hat.

§ 44. Engelhard, ZBlFG. **11** 291—296. § 44 Abs. 1 GBO. verlangt bei Eintragungen, welche eine Hypothek der im § 1287 BGB. bezeichneten Art betreffen, Vorlegung der Urkunde (bzw. Urkunden) und Vermerk der Eintragung darauf. Ist jedoch ein Pfandhalter bestellt, so bedarf es nach Abs. 2 der Vorlegung der Urkunden zu einer von ihm bewilligten Eintragung nicht. Nun entsteht aber die Pfandhalterschaft erst mit der Eintragung. Es könnte daher bezweifelt werden, ob der zwar bestellte, aber noch nicht eingetragene neue Pfandhalter seine eigene Eintragung bewilligen und beantragen kann unter Befreiung von der Vorschrift des § 44 Abs. 1. . . . Trotzdem muß man die Vergünstigung des § 44 Abs. 2 GBO. auch auf den Fall anwenden, daß der neu bestellte Ersatzpfandhalter seine eigene Eintragung bewilligt und beantragt. (Offenbar übereinstimmend: Oberneck § 150, 6 f.).

§ 46. 1. R. **10** Nr. 2884, DJZ. **10** 888 (BayObLG.). Die Bestimmung über die Reihenfolge, in der mehrere Eintragungen erfolgen sollen, kann auch nachträglich vorgenommen werden; sie bedarf nicht der im § 29 bestimmten Form.

2. KG., KGJ. **38** A 262. Zwischen dem den Verzicht auf das Eigentum an dem Grundstücke betreffenden Vermerk und dem Zwangsversteigerungsvermerke besteht kein Rangverhältnis.

3. KG., KGJ. **38** A 299. Ein Rangverhältnis im Sinne des § 879 BGB. besteht zwischen den Rechten des Nacherben und der Hypothek nicht, da jenes kein das Grundstück belastendes Recht ist (Turnau-Förster, LiegR. [3] § 879 BGB. Anm. II 1). Die GBO. wendet den Ausdruck Rangverhältnis bzw. Rang in §§ 46, 57 aber auch in einem weiteren Sinne an; sie versteht darunter die für die Wirksamkeit von Eintragungen aller Art maßgebende Reihenfolge der Eintragungen im Grundbuche (Predari, GBO. § 46 Anm. 2). In diesem Sinne besteht ein Rangverhältnis auch zwischen der Beschränkung des Eigentümers in der Verfügung über das Grundstück durch das Recht eines Nacherben und zwischen einer Hypothek, da deren Wirksamkeit durch das Recht des Nacherben nach §§ 2113 bis 2115 BGB. beeinflußt werden kann.

§ 47. RheinARB. **09** 174 (Cöln). Dadurch, daß der Grundbuchrichter versehentlich die Mitübertragung einer Hypothek unterläßt, erlischt das Hypothekenrecht nicht, wenn der Berechtigte keine Erklärung dahin abgegeben hatte, daß er das Recht aufgebe (§ 875 BGB.). Wohl aber gilt gemäß § 47 Abs. 2 GBO. die Hypothek bis zu der Wiedereintragung als gelöscht.

§ 48. 1. KG., KGJ. **39** A 203. Die Ordnungsvorschrift des § 48 GBO. bezieht sich auch auf die Eintragung einer Grundbuchberichtigung. Ein auf § 29 Abs. 3 in Verbindung mit § 26 Abs. 2 des Volksschulunterhaltungsgesetzes gestütztes Ersuchen der Schulaufsichtsbehörde, an Stelle der Schulgemeinde und der Kirchengemeinde den Schulverband und die Kirchengemeinde als Miteigentümer einzutragen, ist daher abzulehnen, wenn weder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden, noch das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird.

2. KG., ZBlFG. **11** 410. Ist derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, einer von mehreren gemeinschaftlich eingetragenen Berechtigten, so soll die Eintragung nur erfolgen, wenn die mehreren Berechtigten in der durch § 48

GBO. vorgeschriebenen Weise bezeichnet sind. Vorausgesetzt ist hierbei, daß die Mehrheit der Berechtigten auch nach der zu bewirkenden Eintragung fortdauern soll. Dies gilt auch dann, wenn als neue Eintragung nur eine Grundbuchberichtigung verlangt wird.

3. BayObLG., BayObLG. **10** 355. Sind die Anteile der Miteigentümer eines Grundstücks im Grundbuche nicht nach Bruchteilen angegeben, so muß das Grundbuch, bevor in Ansehung des Anteils eines der Miteigentümer eine Eintragung erfolgen darf, durch Angabe der Anteile nach Bruchteilen berichtigt werden. Ebenso BayObLG. 11. 2. 10, BaybOLG. **11** 103.

4. BayObLG. 11. 2. 10., BayObLG. **11** 103, R. **10** Nr. 1148. Die Angabe der Miteigentümerbruchteile ist nicht von Amts wegen, sondern nur mittels Berichtigung nach § 22 GBO. ergänzbar.

5. KG., KGJ. **39** A 218. Der § 48 GBO. verlangt nicht, daß bei einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft außer der Firma und dem Sitze der Gesellschaft auch noch der Gesellschaftscharakter in das Grundbuch eingetragen werden muß.

6. **a)** RheinA. **107** 238 (Düsseldorf). Der Anteil eines Miteigentümers kann, auch wenn seine Eintragung v o r 1900 erfolgt ist, nur dann umgeschrieben werden, wenn das Beteiligungsverhältnis im Grundbuch eingetragen ist. **b)** F r a n k, BadNotZ. **10** 8 ff. Ist im Grundbuch ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen, ohne daß dabei die Vorschrift des § 48 GBO. beobachtet ist, so darf, auch wenn jene Eintragung unter der Herrschaft eines früheren Rechtes geschehen ist, das eine dem § 48 GBO. entsprechende Vorschrift nicht enthielt, jetzt eine neue Eintragung, durch die das Recht der mehreren betroffen wird, nur erfolgen, wenn zuvor das Grundbuch durch Angabe der Bruchteile oder des Gemeinschafts verhältnisses ergänzt und berichtigt wird. Von der vorgängigen Berichtigung ist nur dann abzusehen, wenn die mehreren Berechtigten g e m e i n s a m über den ganzen gemeinschaftlichen Gegenstand verfügen, und wenn zugleich die Berichtigung sich deshalb als überflüssiger Formalismus darstellen würde, weil durch die beantragte Neueintragung das ungenau eingetragene Recht der mehreren aus dem Grundbuche v e r s c h w i n d e n wird. **c)** v. H e n l e - S c h m i t t, Das Grundbuchwesen in Bayern, 41. Wenn im bayerischen Hypothekenbuch Anton Huber und Anton Maier als Eigentümer eingetragen sind, so besteht in Bayern kein Zweifel darüber, daß dies genügend zum Ausdrucke bringt, es sei Huber oder Meier Miteigentümer zu ideellen Hälfteanteilen. In diesem Sinne sind die bezeichneten Eintragungen, soweit im Anlegungsverfahren gegen die daraus abzuleitende Gleichheit der Anteile keine Erinnerung erhoben worden ist, GBEintragungen geworden. Der § 48 GBO. verlangt nach seinem Wortlaute nur, daß bei den u n t e r s e i n e r H e r r s c h a f t erfolgenden Eintragungen von Miteigentumsrechten die ideellen Anteile (Bruchteile) ohne Unterschied, ob sie gleich oder ungleich sind, ausdrücklich bezeichnet werden. Daraus folgt nicht, daß die unter dem früheren Rechte erfolgten Eintragungen, die eine solche Angabe der Bruchteile nicht enthalten, deswegen allein berichtigungsbedürftig sind. Die **Entsch. RG. 54** 86 ist daher jedenfalls für B a y e r n nicht zutreffend.

§ 49. WürttJustMinErl. **v.** 15. 11. 09, WürttZ. **10** 171. Von mehreren Grundstücken, die mit einer Gesamthypothek belastet sind, war das eine zunächst im Grundbuchhefte Nr. 225 gebucht, wurde aber später in das Grundbuchheft, in dem die übrigen Grundstücke stehen (Nr. 224), unter der Nr. 16 Abt. I übertragen. Es erhob sich nun die Frage, in welcher Weise diese Veränderung des Standorts des Grundstücks in dem zuletzt genannten Grundbuchhefte 224 Abt. III kenntlich gemacht werden soll. Das Beschwerdegericht glaubt, daß es einer besonderen Eintragung der Hypothek zu der Nr. 16 nicht bedürfe, vielmehr genüge, im Anschluß an den schon vorher in dem

Grundbuchhefte 224 enthaltenen Mitbelastungsvermerk einzutragen, daß das mitbelastete Grundstück nunmehr aus dem Heft 225 in das Heft 224 Abt. I Nr. 16 übertragen sei. Ein derartiges Verfahren wird zwar insoweit, als zur Zeit der Übertragung des Grundstücks dieses von sonstigen Belastungen frei ist, unbedenklich sein. Sind aber andere Belastungen vorhanden, so besteht die Gefahr, daß mit Rücksicht auf die Rangordnung der Rechte die Eintragungen in Heft 224 denjenigen in dem früheren Heft 225 nicht mehr entsprechen. Da diese Gefahr vermieden werden muß, so erscheint es, zugleich im Interesse einer einheitlichen Behandlungsweise, geboten, daß in allen Fällen die das Grundstück betreffenden Eintragungen so, wie sie in dem bisherigen Grundbuchhefte stehen, in das neue Grundbuchheft übertragen werden und demzufolge auch die auf dem Grundstücke ruhende Gesamthypothek unter besonderer Nummer mit entsprechenden Verweisungen in Abt. III eingetragen wird.

§ 52. 1. du Chesne, SeuffBl. **10** 235—238. Das Nacherbrecht ist nicht als Recht, sondern nur als Verfügungsbeschränkung eintragbar. Daher ist die Pfändung des Nacherbrechts unzulässig und nicht eintragungsfähig, denn eine Verfügungsbeschränkung zu einem nicht eingetragenen und nicht eintragbaren Rechte kann nicht eingetragen werden. Und eine Verfügungsbeschränkung zu einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung (§ 52 GBO.) ist ein Unding, weil man über eine Verfügungsbeschränkung überhaupt nicht verfügen kann.

2. KG., ZBlFG. **11** 410. Der § 52 GBO. findet entsprechende Anwendung, soweit nach materiellem Rechte das Vermächtnis dingliche Wirkung hat. Daher wird: a) im Falle des Nachvermächtnisses der Vorvermächtnisnehmer und zugleich das Recht des Nachvermächtnisnehmers, b) im Falle des aufschiebend bedingten Vermächtnisses der Erbe und zugleich das Recht der bedingt bedachten Vermächtnisnehmers im Grundbuch eingetragen.

3. ZBlFG. **10** 637 (Dresden). Nachweis der Zugehörigkeit einer Hypothek zu der mit dem Rechte eines Nacherben beschwerten Erbschaft durch die Grundbucheintragung.

4. du Chesne, SeuffBl. **10** 235—238. Die Abtretung des Nacherbrechts ist unmöglich, nicht, weil künftige Rechte unabtretbar wären — die gegnerische Meinung nimmt ein bestehendes Recht bedingter Art an —, sondern weil das Erbrecht, und damit auch das Nacherbrecht, kein reines Vermögensrecht, vielmehr familienrechtlicher Natur ist. Diese familienrechtliche Stellung ist unübertragbar (OLG. Colmar, RJA. **3** 229).

5. KG., DNotV. **10** 67. Die Löschung des Nacherbenvermerkes kann auch ohne die Bewilligung des Nacherben (§ 19 GBO.) erfolgen, wenn die Unrichtigkeit des Vermerkes nachgewiesen wird (§ 22 GBO.). Der Nachweis ist als erbracht anzusehen, wenn der befreite Vorerbe das zu der Erbschaft gehörige Grundstück auf einen neuen Eigentümer überträgt und die der Eintragung des neuen Eigentümers zugrunde liegende Auflassung eine entgeltliche Verfügung darstellt. Denn der befreite Vorerbe ist nach § 2136 mit § 2113 BGB. zu entgeltlichen Verfügungen über Erbschaftsgrundstücke berechtigt. Das aufgelassene Grundstück tritt daher mit der Eintragung des neuen Eigentümers aus der Zugehörigkeit zu dem Nachlasse hinaus. Das Recht der Nacherben erlischt infolgedessen, und das Grundbuch ist, wenn das Recht eingetragen steht, unrichtig. . . . . Die Löschung eines solchen Vermerkes kann aber nicht von Amts wegen erfolgen, auch dann nicht, wenn die Eintragung von Amts wegen bewirkt ist. Denn es besteht keine Vorschrift, auf Grund deren das Grundbuchamt befugt wäre, Eintragungen, die durch eine Veränderung der Rechtslage gegenstandslos geworden sind, von Amts wegen zu löschen. Soweit das Gesetz aber nicht ein anderes vorschreibt, soll nach § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO. eine Eintragung auf Antrag erfolgen (Fuchs-Arnheim, GBO. § 52 Anm. 12, Güthe, GBO.

§ 52 Anm. 18; vgl. auch Predari, GBO. § 52 Anm. 7). Es bedarf also zur Löschung des Nacherbenvermerkes eines Antrags. Dieser kann nur von dem gestellt werden, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll (§ 13 Abs. 2 GBO.).

§ 53. KG., FrankfRundsch. **44** 13. Falls die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers lediglich den der gesetzlichen Regel entsprechenden Umfang hat, kann, nachdem die Erbauseinandersetzung beendet und eine zum Nachlasse gehörige Hypothek in das Vermögen des einzelnen Erben übergeführt worden ist, die dem Testamentsvollstrecker als solchem zustehende Verfügungsbefugnis darüber hinaus nicht fortdauern. In einem solchen Falle ist bei Umschreibung der Hypothek auf den Erben die Eintragung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht zulässig.

§ 54. I. Eintragung eines Widerspruchs. 1. RheinARV. **09** 174 (185) (Köln). Wenn § 54 auch nur von Eintragungen spricht, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz das Wort „Eintragung" nur in seiner allgemeinen Bedeutung gebraucht hat und darunter auch Löschungen und demzufolge im Hinblick auf § 47 GBO. auch versehentlich unterbliebene Mitübertragungen von Hypotheken zu verstehen sind, wie in der Rechtslehre auch allgemein anerkannt ist.

2. **a)** Wolf, Sachenrecht, 85. Gleichgültig ist es, ob bei der unrichtigen Eintragung dem Grundbuchrichter oder dem Schreiber ein Versehen zur Last fiel oder ob sie schuldlos waren. Denn das Gesetz setzt nur die objektive Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift voraus. Obwohl dies feststeht, nehmen manche (z. B. Güthe A. 16 zu §54) an, daß Eintragungen auf Grund gefälschter Urkunden, aufgehobener Ausschlußurteile oder der Erklärung einer Person, deren Identität mit dem Eingetragenen dem Richter durch eine sonst zuverlässige Person unrichtig versichert worden ist, nicht unter § 54 GBO. fallen: hier sei von Amts wegen kein Widerspruch zu vermerken. Das ist nicht haltbar, denn eine objektive Verletzung gesetzlicher Vorschriften durch das Grundbuchamt liegt hier überall vor. Siehe dagegen Güthe, GBO. (2) Nachträge S. XXXVI zu § 54. **b)** Kranichfeld, SächsRpflA. **10** 393—398. Zur Anwendung des § 54 gehört unbedingt, daß der Grundbuchbeamte ihn zwingende gesetzliche Vorschriften absichtlich oder fahrlässig unbeachtet gelassen und diesen entgegen die Eintragung vorgenommen hat. **c)** KGJ. **38** A 333 (Jena). Ist ohne Verschulden des Grundbuchamts eine nicht vorhandene Person als Gläubiger eingetragen, so findet eine Löschung des Rechtes im Wege der Grundbuchberichtigung von Amts wegen nicht statt.

3. *Kranichfeld, SächsRpfl. **10** 397. Die von dem Beschwerdegericht unter Bestätigung des Kammergerichts (RJA. **9** 160, KGJ. **38** A 276) vertretene Annahme einer Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften ist bedenklich, da das Grundbuchamt nach § 17 den zuerst eingegangenen Umschreibungsantrag der noch als Eigentümerin Eingetragenen nach ZPO. §§ 928, 868 zu erledigen hatte, bevor es auf das später eingegangene Ersuchen den Ersteher des inzwischen versteigerten Grundstücks eintragen konnte. Die Hebung einer Unrichtigkeit des Grundbuchs war hier den Beteiligten im gewöhnlichen Verfahren zu überlassen. Die private Kenntnis des Grundbuchrichters von der Zwangsversteigerung genügt nicht zu jener Annahme.

4. KG., KGJ. **38** A 206. Die Frage, ob die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften bewirkt ist, kann nur nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkte der Eintragung beurteilt werden.

II. Inhaltlich unzulässige Eintragungen. 1. **a)** BayRpflZ. **10** 343, SeuffBl. **10** 522, R. **10** Nr. 2887 (BayObLG.). Die Zulässigkeit ist auf Grund des geltenden Rechtes zu prüfen, bei einer Eintragung, die vor dem Inkrafttreten des

BGB. und der GBO. erfolgte, auch auf Grund des Rechtes, das galt, als die Eintragung vorgenommen wurde, falls nicht das frühere Recht durch die neuere Gesetzgebung mit rückwirkender Kraft geändert worden ist (Turnau-Förster, GBO. Anm. II 1 zu § 54 GBO., Güthe GBO. Anm. 27 zu § 54 GBO.) In tatsächlicher Hinsicht ist maßgebend der Inhalt der Eintragung, d. h. das, was in das Grundbuch eingetragen ist, und, soweit die Eintragung in statthafter Weise auf andere Urkunden Bezug nimmt, der die Eintragung ergänzende Inhalt dieser Urkunden. Auf die sonstigen Grundlagen der Eintragung kommt es nicht an. **b)** KG., OLG. **21** 19. Die Anwendbarkeit des § 54 auf die vor 1900 bewirkten Eintragungen steht in der Rechtsprechung fest. Die Frage, ob eine derartige Eintragung inhaltlich zulässig ist, muß jedoch auf Grund des Rechtes beantwortet werden, unter dessen Herrschaft die Eintragung erfolgt war (1. Y. 758/01, 408/09 und OLG. **6** 203, 492).

2. R. **10** Nr. 374 (BayObLG.). Eine ihrem Inhalte nach zulässige Eintragung kann auch dann nicht von Amts wegen gelöscht werden, wenn der Grundbuchrichter unmittelbar nach der Eintragung zu der Ansicht gelangt, daß sie dem Parteiwillen nicht entspreche und eine Bekanntmachung noch nicht erfolgt ist.

3. KG., KGJ. **38** A 262. Der § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift darüber, ob auch bloß inhaltlich unzulässige Teile einer im übrigen zulässigen Eintragung von Amts wegen zu löschen sind. Die Anwendung der Vorschrift auf derartige Fälle ist aber nach dem von dem Gesetze verfolgten Zwecke unbedenklich zu bejahen. Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß es im allgemeinen Interesse liege, die Bedeutungslosigkeit inhaltlich unzulässiger Eintragungen durch das Grundbuch selbst besonders ersichtlich zu machen (Denkschr. 59). Diese Erwägung trifft auf unzulässige Teile einer im übrigen zulässigen Eintragung in gleicher Weise wie auf die im ganzen unzulässigen Eintragungen zu. Die Löschung eines Teiles einer Eintragung ist hiernach auf Grund des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. jedenfalls dann für zulässig zu erachten, wenn durch die Löschung der Inhalt des eingetragenen Rechtes nicht in einer dem Eintragungsantrage widersprechenden Weise verändert wird (KGJ. **31** A 331, Fuchs-Arnheim, GBR. § 54 GBO. Anm. 17).

4. R. **10** Nr. 2886, BayRpflZ. **10** 343, SeuffBl. **10** 522, OLG. **21** 411 (Bay. ObLG.). Eine unzulässige Eintragung liegt auch dann vor, wenn, wie z. B. bei Reichnissen an Pfarrer und Meßner (sog. Kirchtrachten), die privatrechtliche Natur nicht feststeht.

5. du Chesne, BadRpr. **10** 118. Ob eine Eintragung inhaltlich zulässig ist, kann nicht davon abhängen, daß ihr Inhalt sich vielleicht rechtlich konstruieren läßt. Denn dann würde sich der Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit mit jeder neu auftretenden, subjektiven, selbst ganz unbegründeten Rechtsansicht über das den Inhalt des Vermerkes bildende Rechtsverhältnis ändern, und damit überhaupt nicht mehr faßbar sein.

6. Die Entsch. des OLG. Jena JDR. **8** zu § 54 Ziff. II 1 a auch OLG. **21** 20.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§§ 56 ff. 1. Wolff, Sachenrecht, 485 ff. Der Hypothekenbrief ist keine konstitutive Urkunde insofern, als zur Entstehung des verbrieften Grundpfandrechts der Brief nicht nötig ist. Der Hypothekenbrief ist Wertpapier. Er ist Sachenrechtspapier, nicht Forderungspapier. Er verbrieft die Hypothek, nicht die Hypothekenforderung. Er ist Einlösungspapier. Er ist Namenpapier und zwar Rektapapier. Er kann weder an Inhaber noch an Order gestellt werden. Er ist kein Wertpapier öffentlichen Glaubens (skripturrechtliches Papier). Nur das Grundbuch, nicht der Brief genießt öffentlichen Glauben.

2. Scherer, Ist der Hypothekenbrief ein Wertpapier? BayRpflZ. **10** 228 bis 252. Der Hypothekenbrief ist für die Verwertung des in ihm verbrieften Rechtes in

jeder Form Träger des Rechtes, der seinen Weg unabhängig vom Grundbuche geht. Er vermittelt die Verfügung über die in ihm verbriefte Kapitalforderung, gegebenenfalls auch bei widerstreitendem Eintrage bezüglich des Gläubigers im Grundbuch. Er ist für den Verkehr Wertpapier, und die Bestimmungen des § 1819 in Verbindung mit § 1821 BGB. am Schlusse zeigen, daß auch das BGB. ihn als Wertpapier ansieht. Nur diese Eigenschaft läßt ihn seinen Hauptzweck erreichen, der nach den Motiven zum BGB. III 616 darin besteht, die Übertragung der Hypothekenforderung zu erleichtern. Man wird ihn mit Gierke am zutreffendsten als liegenschaftsrechtliches Wertpapier bezeichnen.

3. ElsLothJZ. **10** 595 (Colmar). An einem Hypothekenbrief als solchem kann kein Pfandrecht bestellt werden, da er mit der Hypothekenforderung verbunden und von deren rechtlichem Schicksal abhängig ist. Auch kann am Hypothekenbriefe weder nach dem HGB. noch nach dem BGB. ein dingliches Zurückbehaltungsrecht begründet werden. Nur die Begründung eines persönlichen Zurückbehaltungsrechts ist zulässig. Ein solches Sicherungsrecht erlischt aber mit dem Abschluß eines Zwangsvergleichs im Konkurs über das Vermögen des Hypothekenbriefeigentümers, soweit die Hypothekenforderung im Aussonderungsverfahren ausgefallen und als gewöhnliche Konkursforderung angemeldet ist.

§ 57. 1. KG., KGJ. **38** A 299. Ist ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück auf einen Vorerben als Eigentümer umgeschrieben und dabei gemäß § 52 GBO. das Recht des Nacherben in der Abteilung II des Grundbuchblatts vermerkt und wird demnächst eine Erweiterung der Hypothek durch Erhöhung des Zinssatzes eingetragen, so ist bei dem gemäß § 62 das. zu bewirkendem Vermerke der letzten Eintragung auf dem Hypothekenbriefe zugleich die kurze Bezeichnung des Inhalts der das Recht des Nacherben betreffenden Eintragung als der nachträglichen Hypothekenerweiterung im Range vorgehend auf dem Briefe nachzutragen. Wird ein gemeinschaftlicher Hypothekenbrief über mehrere in dieser Rechtslage befindliche Hypotheken erteilt, so ist der Vermerk in den im Briefe selbst enthaltenen Auszug aus dem Grundbuch aufzunehmen.

2. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 149. Der Meinung des KG. (RJA. **4** 36), daß allgemein alle älteren Eintragungen in den Hypothekenbrief aufzunehmen seien, auch wenn sie nur den Anteil eines anderen Miteigentümers belasten, weil die Belastung eines Bruchteils grundsätzlich als Belastung des ganzen Grundstücks anzusehen sei, kann nicht beigepflichtet werden; der Bruchteil eines Grundstücks wird in BGB. § 1114 und ZPO. § 864 als selbständiges Hypothekenobjekt anerkannt; dies muß auch im Hypothekenbriefe zum Ausdrucke kommen. § 57 Nr. 4 verlangt lediglich eine Bestätigung des Rangverhältnisses im Sinne des BGB. § 879; von einem Rangverhältnisse zwischen der den Gegenstand des Hypothekenbriefs bildenden Hypothek und den nur auf den anderen Bruchteilen lastenden Rechten kann nur dann die Rede sein, wenn die Sicherheit der neuen Hypothek auch von der Belastung der anderen Anteile abhängt. Vgl. Förster, R. **04** 90 Nr. 2; aM. Güthe Anm. 12, Meikel Anm. 3 d.

3. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 147. Ist nur der Anteil eines Miteigentümers verpfändet (BGB. § 1114), so ist auch nur dieser eine Miteigentümer zu benennen; es hat gar keinen Zweck, in den Hypothekenbrief dic Namen der Miteigentümer der anderen Teile aufzunehmen, die für den Inhaber des Briefes schlechthin kein Interesse haben (aM. Predari Anm. 2, b, α); eine Ausnahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn Anlaß besteht, nach § 57 Abs. 2 Nr. 4 auch die Belastung der anderen Miteigentumsanteile zu vermerken.

§ 58. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 151. Die Frage, ob die den Gegenstand der Schuldurkunde bildende Forderung zu Recht besteht, hat der GBBeamte grundsätzlich nicht

zu prüfen; für eine solche Prüfung würde ihm jede zuverlässige Unterlage fehlen. Eine Ausnahme ist nur gerechtfertigt, wenn die Nichtigkeit der Forderung (z. B. nach BGB. §§ 138, 344, 518) offensichtlich ist; in diesen Fällen darf der Richter die ihm vorgelegte Schuldurkunde, der das Gesetz selbst jede Bedeutung abspricht, nicht beachten. Der GBBeamte darf also auch keinen Hypothekenbrief erteilen. Der Eintragung der Hypothek, die nach BGB. § 1163 dem Eigentümer zusteht, tritt aber ein Hindernis nicht in den Weg.

§ 60. 1. KG., KGJ. **38** A 283. Das Grundbuchamt ist berechtigt, den in Verletzung des § 60 GBO. einem anderen als dem Empfangsberechtigten ausgehändigten Hypothekenbrief von dem Empfänger zurückzufordern und die Rückgabe gemäß Artt. 15 ff. PrFGG. zu erzwingen.

2. LG. Dresden, SächsRpflA. **10** 49. Befindet sich der Brief in der Hand eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten, so kann der Gläubiger die zur Pfändung erforderliche Übergabe des Briefes nur auf dem Wege erreichen, daß er den Anspruch wider den Dritten auf Herausgabe pfänden und sich überweisen läßt (ZPO. § 886) und seinen Anspruch gegen den Dritten, wenn dieser den Brief nicht freiwillig herausgibt, im Klagewege verfolgt. Dies gilt an sich auch dann, wenn das Grundbuchamt zufolge einer Vereinbarung gemäß § 1117 Abs. 2 BGB. den ausgefertigten Brief als mittelbaren Besitzer für den Hypothekengläubiger besitzt. Nun mag es zwar auch im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Grundbuchamts zur Aushändigung des Briefes an den Berechtigten angängig sein, daß der Pfändungsgläubiger auf Grund von Pfändung und Überweisung den Herausgabeanspruch im Wege der Beschwerde verfolgen kann (vgl. OLG. **11** 111). Alsdann würde jedoch die von dem Grundbuchamte bewirkte Hinterlegung des Briefes der Verfolgung des Anspruchs auf diesem Wege entgegenstehen. Infolge dieser Hinterlegung würde der Pfandgläubiger zum Empfange des nach § 372 BGB. zu seinen Gunsten hinterlegten Briefes nur mit Einwilligung der übrigen Beteiligten berechtigt sein.

3. Die Entsch. des KG. JDR. 8 zu § 60 auch KGJ. **38** A 283 und OLG. **21** 26.

§ 62. 1. KG., KGJ. **38** A 291, OLG. **18** 225. Das Grundbuchamt darf eine Person nur dann zur Vorlegung eines Hypothekenbriefs anhalten, wenn feststeht, daß die Person gegenwärtiger Besitzer des Briefes ist. Das Grundbuchamt ist berechtigt und verpflichtet, die zur Feststellung dieser Tatsache erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten. Eine Pflicht der zur Vorlegung aufgeforderten Person, die den Brief früher besessen hat, jetzt aber nicht mehr zu besitzen behauptet, den Besitzverlust glaubhaft zu machen, besteht nicht.

2. v. Henle-Schmitt, Das Grundbuchwesen in Bayern, 172. Strittig ist, ob das Grundbuchamt auch in anderen als in den hier bezeichneten Fällen den Besitzer des Hypothekenbriefs durch Zwangsmaßregeln zur Vorlegung des Briefes anhalten kann, wenn die Eintragung in das Grundbuch, sei es auf Grund bestimmter gesetzlicher Vorschrift (KO. § 113¹ Nr. 2), sei es im Widerspruche mit der Ordnungsvorschrift des § 42¹ Satz 1 erfolgt ist, ohne daß der Hypothekenbrief vorgelegen hat. Eine völlige Verneinung der Frage kann nicht im Sinne des Gesetzes gelegen sein, das in Abs. 1 mit Rücksicht auf die Bedeutung des Hypothekenbriefs, wenn auch nicht zwingend, so doch mit allem Nachdrucke vorschreibt, daß die Eintragungen auf dem Hypothekenbriefe von Amts wegen zu vermerken sind. In Abs. 2 wird eine Verpflichtung des Grundbuchamts nur aus dem Grunde besonders hervorgehoben, um jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß auch in den Fällen, in denen die GBO. selbst, entgegen der Regel des § 42¹ Satz 1 eine Eintragung ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs ausdrücklich zuläßt oder vorschreibt, der Hypothekenbrief nachträglich noch vorzulegen und zu ergänzen ist, damit die Übereinstimmung zwischen Buch und Blatt wieder hergestellt wird. Die Befugnis des Grundbuchbeamten, die Hypotheken-

gläubiger zur Vorlegung des Briefs anzuhalten, bleibt aber grundsätzlich auf die Fälle beschränkt, in denen eine Eintragung bereits erfolgt ist und in denen die Eintragung selbst ihre Unterlage in dem zwisch en dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse hat. Im übrigen kann das Grundbuchamt den Hypothekenbriefbesitzer zur Vorlegung des Hypothekenbriefs nicht anhalten.

3. Gerstenberg, ZBlFG. **11** 213. Handelt es sich um Löschung einer Kautionshypothek des alten Rechts, so ergibt sich für die Behandlung des Briefes nichts Abweichendes von dem nach § 62 GBO. in Verbindung mit § 42 der AV. vom 20. 11. 99 zu befolgenden regelmäßigen Verfahren. Der Brief wird also mit dem Löschungsvermerke versehen, in üblicher Weise unbrauchbar gemacht und sodann dem Eigentümer zugesandt. In allen anderen Fällen ist entsprechend dem Verfahren, welches auf Grund des § 69 GBO. zu befolgen ist, wenn die Beteiligten eine bisherige Briefhypothek in eine Buchhypothek umwandeln, der Kautionshypothekenbrief in Ausführung der vom Gesetze bewirkten Umwandlung der Kautionsbriefhypothek in eine Buchhypothek gleichfalls unbrauchbar zu machen und statt des Vermerkes der die Unbrauchbarmachung veranlassenden Eintragung die nach dem Gesetze eingetretene Ungültigkeit des Briefes in folgender Fassung zu vermerken: „Dieser Hypothekenbrief ist mit dem Inkrafttreten des BGB. ungültig geworden — Art. 192 Abs. 1 Satz 1 EGBGB. in Verbindung mit Art. 33 § 1 Abs. 2 PrAGBGB. — und deshalb unbrauchbar gemacht worden."

§ 66. 1. DJZ. **10** 84, KGJ. **39** A 271 (KG.). In bezug auf drei im Range unmittelbar aufeinanderfolgende Sicherungshypotheken eines Gläubigers war zwischen Grundstückseigentümer und Gläubiger vereinbart, daß die beiden ersten Hypotheken ganz und von der dritten Hypothek ein rangerster Teilbetrag in Darlehnshypotheken mit gleichem Range umgewandelt werden sollten. Das GBA. lehnte die Bildung eines gemeinschaftlichen Hyothekenbriefs für die umgewandelten Posten ab, weil eine unzulässige Verbindung von Stammbriefen mit einem Teilbriefe vorliegen würde. Dies ist unrichtig. Der Brief über die Teilpost könnte nur als Stammbrief gebildet werden, da der Bildung eines Stammbriefs über die ganze Post die Eigenschaft des Restbetrags als Sicherungshypothek entgegenstände. Die Bildung eines gemeinschaftlichen Briefes über mehrere Hypotheken wird aber dadurch, daß eine von ihnen eine Teilhypothek ist, nicht ausgeschlossen, wenn der über die Teilpost zu bildende Brief kein Teilbrief, sondern ein Stammbrief ist.

2. KG., DJZ. **10** 317, KGJ. **39** A 276. Ein gemeinschaftlicher Hypothekenbrief kann über mehrere Hypotheken, die unter sich gleichen Rang haben, nicht erteilt werden, wenn ein in der zweiten Abteilung eingetragenes Recht im Range zwischen diesen Hypotheken steht.

3. S. oben § 57 Ziff. 1.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71. I. Zulässigkeit der Beschwerde. 1. a) DJZ. **10** 828, OLG. **21** 30, PosMSchr. **10** 15, KGJ. **39** A 278 (KG.). Es ist zu unterscheiden: Erteilt das GBA., einer gestellten Bitte entsprechend, eine gutachtliche Auskunft, ob gegen einen in Aussicht genommenen Antrag Bedenken zu erheben wären, so erläßt es damit keine beschwerdefähige Entscheidung. Lehnt das GBA. die Anberaumung eines Termins zur Beurkundung einer Erklärung ab, weil es hierzu nicht verpflichtet sei, so ist die Sachbeschwerde, wenn zulässig, regelmäßig unbegründet, da im allgemeinen solche Termine nicht anzusetzen sind. Lehnt das GBA. dagegen die Terminsanberaumung ab, weil es dem bestimmt angekündigten Eintragungsantrage nicht stattgeben könne, so erläßt es damit eine beschwerdefähige Entscheidung. Das dritte Verfahren ist, wenn auch nicht gesetzlich geboten, so doch vielfach zweckmäßig. **b)** KGJ. **38** A 255, OLG. **21** 33 (KG.). Die Entschließung des Grundbuchamts, einen angekündigten,

aber noch nicht gestellten Eintragungsantrag gegebenenfalls abzulehnen, kann eine beschwerdefähige Entscheidung im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO. darstellen. **c)** du Chesne, ZBlFG. **10** 754. Wird die Ansetzung eines Termins zur Beurkundung einer Erklärung vom Grundbuchamte mit der Begründung abgelehnt, daß es dem angekündigten Sachantrage nicht stattzugeben vermöge. . ., so fällt das Grundbuchamt, wenn es sich über den zu erwartenden Eintragungsantrag äußert, überhaupt keine Entscheidung. Daher ist gegen eine solche Äußerung keine Beschwerde zulässig.

2. WürttZ. **52** 363 (Stuttgart). Eine Beschwerde ist nicht zulässig, wenn verlangt wird, daß gewisse Angaben in das Grundbuch selbst aufgenommen und nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden, und ebenso ist die Fassung des Eintrags, sofern sie nicht einen Mangel der eben genannten Art aufweist, nicht mit Beschwerde anfechtbar. Beim Eintrag einer Hypothek ist es dem Grundbuchbeamten überlassen, ob er den Namen des Schuldners und die Bezeichnung der Forderung in das Grundbuch selbst aufnehmen oder ob er auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen will, und es kommt nicht darauf an, was für die Beteiligten das Zweckmäßigere ist oder was sie hierfür halten. Allerdings erfüllt der Grundbuchbeamte eine Amtspflicht, wenn er, soweit es mit anderen Rücksichten vereinbar ist, bei der Art und Fassung eines Eintrags den Wünschen der Beteiligten entgegenkommt, und es ist nicht zu verkennen, daß ein Kreditinstitut ein Interesse daran hat, daß die Einträge über die sämtlichen ihr zustehenden Kredithypotheken in gleicher Weise und in gleichem Wortlaute geschehen. Mit Beschwerde kann aber dieses Interesse nach der GBO. nicht verfolgt werden.

3. KG., KGJ. **38** B 3, OLG. **21** 31. Die Anordnung, daß die Eintragung des Erwerbers von einer Sicherheitsleistung wegen des Reichsstempels für die Auflassung abhängig gemacht werde, unterliegt der Sachbeschwerde aus § 71.

4. KG., Breslau AK. **10** 51. Die Beschwerde in Grundbuchsachen nur wegen der Kosten ist zulässig, wenn nicht bloß eine Verletzung des Kostengesetzes zum Beschwerdegegenstande gemacht wird.

5. ElsLothJZ. **10** 575 (Colmar). Gegen die im Wege der Arrestvollziehung erfolgte Eintragung einer Sicherungshypothek kann der Schuldner, der die vom Gläubiger zu bestellende Sicherheit als ungenügend bezeichnet, nicht beim Vollstreckungsgerichte gemäß § 766 ZPO. durch Einwendungen Abhilfe nachsuchen, sondern muß nach § 71 GBO. Beschwerde bei dem dem Grundbuchamte vorgesetzten Landgericht einlegen.

6. du Chesne, ZBlFG. **11** 1—14. Wenn das Grundbuchamt aus Anlaß einer Zwangsvollstreckung eine Eintragung in das Grundbuchamt vornimmt, so ist das Grundbuchverfahren nicht schlechtweg Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das Grundbuchamt Organ dieser Gerichtsbarkeit, vielmehr ist das Grundbuchverfahren zum Teil auch wirkliches Vollstreckungsverfahren, das Grundbuchamt Vollstreckungsorgan. Richtig ist nur, daß das Grundbuchamt ein Rechtspflegeorgan, sein Verfahren ein prozessuales im weiteren Sinne ist. Wohl aber läßt sich der Satz aufstellen, daß das prozessuale Verfahren dieses Rechtspflegeorgans eins und dasselbe ist, ob es nun auf Zivilrechtsgeschäften oder auf Schuldtiteln und Vollstreckungsordnungen beruht, und dies hat seinen Grund darin, daß die herzustellenden Rechtspositionen in beiden Fällen die gleichen sind und daß in beiden Fällen zu ihrer Herstellung als Mittel nur dieselbe Handlung, nämlich die Eintragung, in Betracht kommt. Es läßt sich demnach einer prozessualen Handlung des Grundbuchamts zunächst nicht ansehen, ob sie Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder Vollstreckungshandlung ist, und ihre Eigenschaft als Vollstreckungshandlung kann nicht zur Folge haben, daß damit das Vollstreckungsverfahren des Zivilprozesses ganz oder teilweise anwendbar würde. Mit Recht hat sich daher die Praxis von vornherein auf den Standpunkt gestellt, daß, auch wenn es sich um eine Zwangsvollstreckungseintragung handelt, nicht die sofortige

Beschwerde der Zivilprozeßordnung, sondern nur die einfache Beschwerde der Grundbuchordnung zulässig ist.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. KG., KGJ. **38** A 207. Die Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 GBO. ist keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO.; denn sie steht nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Die Beschwerde gegen die Eintragung eines Widerspruchs mit dem Ziele der Löschung ist daher zulässig (KGJ. **26** A 238, **29** A 171).

2. KG., KGJ. **39** A 283. Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Berichtigungsantrags, d. h. eines sich auf den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs stützenden Eintragungsantrags ist unzulässig, gleichviel ob sich der Berichtigungsantrag auf die bei der Vornahme der unrichtigen Eintragung dem Grundbuchamte bereits beigebrachten Unterlagen oder auf neu beigebrachte Tatsachen oder Urkunden gründet, soweit nicht etwa die Berichtigung auf Grund einer späteren Rechtsänderung erfolgen soll. Nur insofern ist eine Ausnahme anzuerkennen, als beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 GBO. die Beschwerde mit dem Ziele der Anweisung an das Grundbuchamt zur Eintragung eines Widerspruchs oder zur Löschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung statthaft ist.

3. BayObLG. **11** 111. Nur wenn in Ansehung einer Eintragung die Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. vorliegen, kann im Wege der weiteren Beschwerde verlangt werden, daß das Grundbuchamt zur Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung angewiesen werde (§ 71 Abs. 2, § 80 Abs. 3 GBO.). Die im Anlegungsverfahren auf Grund der Glaubhaftmachung des Eigentums erfolgte Eintragung einer Stadtgemeinde als Eigentümerin eines Grundstücks kann nicht im Wege der Beschwerde mit der Behauptung als ungesetzlich angefochten werden, daß der Beschluß der Stadtgemeindevertretung, auf welchem der Eintragungsantrag beruhte, nicht in gesetzlicher Weise zustande gekommen sei.

4. a) DJZ. **10** 972, SeuffBl. **10** 250, BayObLG. **10** 601 (BayObLG.). Eine nach Form und Inhalt zulässige Eintragung darf nicht auf Grund des § 54 GBO. deshalb von Amts wegen gelöscht werden, weil sie der Grundbuchbeamte nachträglich für fehlerhaft hält. Die Beseitigung des gleichwohl eingetragenen Löschungsvermerkes kann aber nicht auf dem Wege der Beschwerde erreicht werden, auch wenn alle Beteiligten sie einlegen, sondern bleibt dem Berichtigungsverfahren vorbehalten; wohl aber kann, weil durch die Löschung das Grundbuch unrichtig geworden ist, gegen ihre Richtigkeit ein Widerspruch eingetragen werden; ihn einzutragen entspricht dem Interesse der Beschwerdeführer. **b)** Dazu v. Henle, DJZ. **10** 972 Anm 2. Nichts hinderte daran, die Beschwerde, die von dem Erbbauberechtigten und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks ausgegangen war, als Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs für den Fall aufzufassen, daß die Beschwerde für sachlich begründet angesehen werde; es stand somit nichts im Wege, unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Grundbuchamt anzuweisen, den Antrag der Beteiligten vom Standpunkte der Grundbuchberichtigung zu prüfen und darüber zu entscheiden. Die Beteiligten werden nicht verstehen, warum sie, deren Beanstandung des grundbuchamtlichen Verfahrens gebilligt worden ist, nunmehr noch besonders das Berichtigungsverfahren beantragen sollen. Die Belastung des Grundbuchs mit der Eintragung eines Widerspruchs war angesichts des Umstandes, daß der Löschungseintragung weitere Eintragungen nicht gefolgt waren, und angesichts des Einverständnisses aller Beteiligten, das die Grundbuchberichtigung einfach machte, im gegebenen Falle überflüssig. **c)** SeuffBl. **10** 113, BayObLG. **10** 439 (BayObLG.). Die Beseitigung eines eingetragenen Löschungsvermerkes kann nach § 71 Abs. 2 GBO. nicht im Wege der Beschwerde verlangt werden.

5. Schwartze, GruchotsBeitr. **54** 592—605 (595). Nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. kann im Wege der Beschwerde verlangt werden, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 54 GBO. einen Widerspruch einzutragen, oder eine Löschung vorzunehmen. Das Beschwerdegericht kann nach § 76 Abs. 1 GBO. vor der Entscheidung durch eine einstweilige Anordnung dem Grundbuchamt aufgeben, eine Vormerkung oder einen Widersprach einzutragen. Die Abhilfe der Beschwerde in Grundbuchsachen besteht hier darin, daß das Beschwerdegericht dem Grundbuchamt aufgibt, das zu tun, was das Grundbuchamt zu tun sich geweigert hat (Mot. zum ersten Entwurf einer GBO. 117). Das Beschwerdegericht setzt sich nicht an die Stelle des Grundbuchamts und ordnet nicht in diesem Sinne eine Eintragung an. Es gibt dem Grundbuchamt auf, seines Amtes zu walten, die Eintragung anzuordnen (so Turnau-Förster zu § 77 GBO.). Das Beschwerdegericht in Grundbuchsachen ist nicht das Grundbuchamt und wird nicht als Grundbuchamt tätig, sondern ordnet eine Tätigkeit des Grundbuchamts an.

6. KG., KGJ. **38** A 262. Wenn bei der Eintragung des Eigentumsverzichts im Grundbuche vermerkt wird, daß der Verzicht dem Zwangsversteigerungsvermerk im Range vorgehe, so kann die Löschung des Rangvermerkes als eines inhaltlich unzulässigen Teiles einer Eintragung im Beschwerdewege verlangt werden.

7. KG., OLG. **20** 396, R. **10** Nr. 2706. Gegen die Schreibweise von Namen und Firmen im Grundbuch und auf dem Hypothekenbrief ist die Beschwerde zulässig.

8. R. **10** Nr. 1818, SeuffA. **65** 87 (Dresden). Nur wenn die Eintragung ohne weiteres unwirksam ist, kann sie im Beschwerdewege gelöscht werden, sonst ist die Löschung im Prozeßwege zu betreiben.

III. Die Beschwerdeberechtigung. 1. du Chesne, HessRspr. **10** 182. Man kann nicht den Satz aufstellen: Beschwerderecht und Antragsrecht decken sich, d. h. wer den Antrag stellen könne, könne auch die Beschwerde einlegen, selbst wenn er den Antrag nicht gestellt habe, und ohne Rücksicht darauf, ob er in seinen Rechten verletzt sei. Aus § 75 läßt sich vielmehr nur folgern, daß das Gesetz von der Annahme ausgeht, der Beschwerdeführer hat ein Interesse daran, daß seinem Abhilfeverlangen nicht nur von der Beschwerdeinstanz, sondern auch von dem Grundbuchamt entsprochen werden könne. Daraus aber ist der Satz, auch der nicht zurückgewiesene Antragsteller habe schon als solcher das Beschwerderecht, sicherlich nicht abzuleiten. Man wird sich demnach auch bei dieser Sachlage der Prüfung zu unterziehen haben, ob der Rechtskreis des Antragsberechtigten durch die Zurückweisung des vom anderen Antragsberechtigten gestellten Antrags betroffen ist, er daher an der Beseitigung der Verfügung ein rechtliches Interesse hat. Dies ist zwar regelmäßig, aber nicht ausnahmslos der Fall.

2. SächsOLG. **31** 445 (Dresden). Das Recht zur Beschwerde konnte für jemanden nicht dadurch begründet werden, daß von ihm eine Eintragung bewilligt und beantragt worden ist, deren Vornahme die vorherige Vornahme einer anderen Eintragung zur Voraussetzung hat. Dieser Umstand erzeugt nur ein wirtschaftliches Interesse an der anderen Eintragung, nicht aber ein Recht zu dem Antrag auf diese Eintragung und deshalb auch kein Recht zur Beschwerde gegen die erfolgte Ablehnung der Eintragung.

3. **a)** BayObLG. **11** 335 (BayObLG.). Dem Notar, der die von ihm errichtete Urkunde dem Grundbuchamte zur Bewirkung der darin beantragten Eintragungen übersendet hat, steht gegen die Ablehnung der Eintragungen ein eigenes Beschwerderecht nicht zu. **b)** BayObLG., BayNotZ. **10** 428. Eine Beschwerde im eigenen Namen einzulegen, ist der Notar nicht berechtigt.

4. du Chesne, ZBlFG. **11** 12. Hat im Falle des § 39 GBO. eine Behörde ein Eintragungsersuchen gestellt, so ist im Falle der Zurückweisung des Ersuchens nur die Behörde, nicht auch der Beteiligte beschwerdeberechtigt.

IV. Das Beschwerdeverfahren. du Chesne, JW. **10** 740. Auch das Grundbuchverfahren kennt Entscheidungen, und auch in ihm handelt es sich um rechtliche Beziehungen zwischen Privatrechtsträgern. Aber diese Privatrechtsträger stehen nicht in einem Parteienverhältnisse zueinander, sie stehen sich nicht im Verfahren gegenüber. Das Verfahren spielt sich vielmehr nur ab zwischen dem Antragsteller als dem, der den behaupteten prozessualen Anspruch geltend macht, und der Grundbuchbehörde als derjenigen staatlichen Stelle, die den Anspruch prüft und befriedigt oder zurückweist. Nicht wird, wie im Prozesse, neben dem prozessualen Anspruche zugleich die rechtliche Beziehung zu dem anderen Privatrechtsträger geltend gemacht. Und auch wo dieser am Verfahren scheinbar beteiligt ist, z. B. wenn er im Beschwerdeweg einen unberechtigten Eingriff in seine Rechte bekämpft, da macht er nicht gegenüber dem Antragsteller, der den Eingriff herbeigeführt hat, seine Rechte geltend, sondern erhebt wieder nur einen prozessualen Anspruch auf Beseitigung — soweit zulässig — an die Grundbuchbehörde. .... Nach alledem ist eine Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens rechtlicher Beziehungen zwischen zwei am Verfahren beteiligten Privatrechtsträgern, die den eigentlichen Sitz der materiellen Rechtskraft bilden, im Grundbuchverfahren nicht vorhanden. Damit erscheint eine Wirkung auch der formell rechtskräftigen Entscheidung über das abgeschlossene Instanzenverfahren hinaus in Grundbuchsachen ausgeschlossen. Das Grundbuchamt muß daher, auch wenn über einen Antrag bereits ein abgeschlossenes Verfahren mit formeller Rechtskraft vorliegt, einen erneuten, auf dieselben Unterlagen gestützten Antrag nochmals prüfen, ohne sich auf die Rechtskraft des abgeschlossenen Verfahrens berufen zu können. Als Schranke gegen rechtsmißbräuchliche Ausnutzung dieser Rechtslage kommt nur die Kostenlast in Frage. Natürlich kann eine solche erneute Entscheidung des Grundbuchamts auch in der bloßen Verweisung auf die Gründe der Entscheidungen im abgeschlossenen Verfahren bestehen. Die erneute Prüfungs- und Entscheidungspflicht des Grundbuchamts muß sich nach dem Gesagten auch auf die im ersten Verfahren vom Gerichte der ersten Beschwerde mit formeller Rechtskraft festgestellten tatsächlichen Unterlagen und Auslegungsergebnisse erstrecken.

§ 73. du Chesne, RheinARB. **27** 288. Die Zurücknahme der gegen die Ablehnung eines Eintragungsantrags gerichteten Beschwerde enthält.... die Rücknahme auch des Eintragungsantrags und fällt daher unter § 29 GBO. Dagegen enthält die Rücknahme der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts nach § 18 GBO..... nicht eine Rücknahme des Eintragungsantrags, sondern vielmehr die Bestätigung seiner Aufrechterhaltung. Daher bedarf es zur Rücknahme der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung der Einhaltung der in §§ 32, 29 GBO. bestimmten Form nicht..... Jedoch sind praktisch die Fälle der Zurücknahme des Rechtsmittels, mag es gegen eine Zwischenverfügung oder gegen eine Abweisung des Eintragungsantrags sich richten, insofern gleich zu behandeln, als die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Form der Rücknahmeerklärung zu unterlassen ist; eine Prüfung in dieser Richtung macht sich erst dann erforderlich, wenn beantragt wird, das Beschwerdeverfahren fortzusetzen.

§ 74. ElsLothNotZ. **10** 206, ElsLothJZ. **10** 95, OLG. **21** 36 (Colmar). Die Stellung eines vollständig neuen Antrags in der Beschwerdeinstanz kann nicht für zulässig erachtet werden. Ein solcher Antrag steht im Widerspruche mit der rechtlichen Natur und Bedeutung des Rechtsmittels der Beschwerde, wie solche sich aus den dieses Rechtsmittel betreffenden Vorschriften der ZPO., insbesondere auch mittelbar aus der Bestimmung des § 570 ergeben.

§ 76. 1. *Kranichfeld, SächsRpflA. **10** 393. Die vom Kammergericht (RJA. **9** 160, KGJ. **38** A 276) bestätigte Entscheidung des Beschwerdegerichts, bei Begründetheit der Beschwerde diese durch die von Amts wegen erfolgte vorläufige Eintragung eines Widerspruchs (GBO. § 54 Abs. 1) in der Hauptsache für erledigt zu erachten, ist zu billigen, da nach der Natur des im § 54 Abs. 1 Satz 1 zugelassenen Widerspruchs die vorläufige wie die endgültige Eintragung gleichen Inhalt haben und nur bezwecken, die Folgen einer gesetzwidrigen Eintragung von Amts wegen zu heben. Das Verfahren aber ist nicht auf die Eintragung anderer Widersprüche anzuwenden, da die vorläufige Eintragung hier eine endgültige Eintragung — bei Verwerfung oder Rücknahme der Beschwerde die Löschung, bei Begründetheit die endgültige Eintragung des beantragten Widerspruchs — fordert; deshalb ist die Ausführung im SächsA. **10** 273 nicht zutreffend.

2. Die Entsch. des KG. JDR. **8** § 76 Ziff. 5 auch KGJ. **38** A 276, OLG. **21** 23.

§ 77. BayObLG., BayObLG. **11** 362. Ist bei der Entscheidung über die von Eheleuten eingelegte Beschwerde nach dem Wortlaute der Entscheidungsformel nur über die Beschwerde des Ehemanns entschieden, ergibt sich aber aus dem sonstigen Inhalte der Entscheidung, daß nur eine ungenaue Ausdrucksweise vorliegt und daß das Gericht über die Beschwerde beider Eheleute gleichmäßig entscheiden wollte, so kann ohne weiteres angenommen werden, daß das Beschwerdegericht auch über die Beschwerde des in der Formel nicht genannten Ehegatten im gleichen Sinne entschieden hat.

§ 80. 1. BayObLG., BayNotZ. **10** 293. Nach § 80 GBO. ist, wenn die weitere Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt wird, die Unterzeichnung durch einen Rechtsanwalt erforderlich; die Unterzeichnung durch den Notar genügt nur dann, wenn er nach § 15 GBO. den Eintragungsantrag gestellt hat. Es genügt also nicht, wenn die Tätigkeit des Notars in dem Verfahren vor dem Grundbuchamte sich darauf beschränkt, daß er dem Gerichte die von ihm aufgenommene Urkunde zum Vollzuge vorlegte.

2. BayObLG., BayObLG. **11** 335. Hat der Notar nicht nach § 15 GBO. den Eintragungsantrag gestellt, sondern nur die von ihm errichtete Urkunde zum Vollzuge der darin von den Beteiligten gestellten Eintragungsanträge an das Grundbuchamt übersendet, so genügt zur Erhebung der weiteren Beschwerde für die Beteiligten nicht die Einreichung einer vom Notar unterzeichneten Beschwerdeschrift, sondern es bedarf der Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch einen Rechtsanwalt.

3. BayObLG., R. **10** Nr. 3613. Hat der beschwerdeführende Notar nicht den Eintragungsantrag selbst gestellt, sondern nur vermittelt, so ist seine weitere Beschwerde auch bei Vorlage einer Vollmachtsurkunde mangels Anwaltsunterschrift unzulässig.

4. BayObLG., R. **10** Nr. 3612. Die von einem Notar eingelegte Beschwerde soll ersehen lassen, ob sie in eigenem Namen oder für den Antragsteller eingelegt ist.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 98. 1. BayNotZ. **10** 346, SeuffBl. **10** 648, BayRpflZ. **10** 287, R. **10** Nr. 2707, BayObLG. **11** 392, ZBlFG. **11** 324 (BayObLG.). Hat der Notar bei der Entgegennahme der Auflassung die Vorschrift des Art. 12 BayAGGBO. nicht befolgt, so ist er für diese Unterlassung disziplinarisch verantwortlich, die Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Auflassung, die von dem Bestehen eines obligatorischen Vertrags unabhängig ist, wird aber hierdurch nicht berührt.

2. a) Winkler, DNotV. **10** 675. Die Frage, ob es in den Bundesstaaten, welche von dem Vorbehalte des § 98 GBO. Gebrauch gemacht haben, zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich ausgeschlossen sei, daß ein der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. ermangelnder schuldrechtlicher Grundstücks-Veräußerungsvertrag

durch die nachträglich erfolgte Auflassung und die Eintragung ins Grundbuch geheilt werden könne, kann nur an der Hand der einzelnen landesrechtlichen Vorschriften mit Sicherheit beantwortet werden, und ist für Baden, das von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht hat, unbedenklich zu verneinen (§ 23 des badischen Grundbuchausführungsgesetzes vom 19. Januar 1899, GVBl. 273 ff.). b) Hamm, DNotV. **10** 106. Jene Bundesstaaten, die von der Erlaubnis des § 98 GBO. Gebrauch gemacht haben, haben dadurch für ihre Landesgebiete die Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung ausgeschlossen. AM. Bourier, ebenda **10** 305.

Das Reichshaftpflichtgesetz

vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Literatur: Ammann, Haftpflicht der Eisenbahn für Unfälle beim Selbstverladegeschäft, EisenbahnE. **26** 456 ff. — Eckstein, Handlungen und Unterlassungen von Kindern als höhere Gewalt, JW. **10** 646. — Nehse, Vertragliche Regelung von Haftpflichtentschädigungen, EisenbA. **10** 635 ff. — Perkun, Die Haftung der Eisenbahn für ihre Leute. — Schmid, Die Anwendbarkeit des Reichshaftpflichtgesetzes auf die Hilfs- und Nebenbetriebe der Eisenbahnen. — Wussow, Gesetzgebung über Haftpflicht, KleinbZ. **09** 928.

§ 1. I. Betriebsunfälle. (S. BGB. § 276 Ziff. 5i.). 1. **RG.** EisenbE. 27 93, JW. **10** 762. Ein Betriebsunfall liegt vor, wenn ein Fahrgast nach dem Aussteigen aus einem Straßenbahnwagen zwecks Umsteigens nach einer anderen wenige Schritte entfernten Stelle geht und hierbei in einen Graben stürzt, weil die bis zur Umsteigestelle zurückzulegende Strecke, ohne welche der Umsteigeverkehr nicht durchführbar ist, noch in den Gefahrenbereich des Eisenbahnbetriebs gehört.

2. **RG.** EisenbE. **26** 199. Die Beförderung auf einer Eisenbahn ist erst dann für abgeschlossen zu erachten, wenn der auf der Bahn Beförderte den Wagen verlassen hat. Daher sind Unfälle, die beim Aussteigen aus diesem sich ereignen, auch ohne Nachweis eines ursächlichen Zusammenhanges mit einer besonderen Betriebsgefahr zu den beim Betriebe der Eisenbahn eingetretenen Unfällen zu rechnen. Der Nachweis eines solchen ursächlichen Zusammenhanges ist auch nicht deshalb erforderlich, weil der Verletzte den Unfall beim Aussteigen auf der Endstation der Straßenbahn erlitten hat.

3. **RG.** EisenbE. **27** 81. Ist das Durchgehen von Pferden durch das an sich gebotene und zweckmäßige, wenn auch Tier und Menschen erschreckende Pfeifen veranlaßt, so ist ein hierdurch hervorgerufener Unfall auf eine mit dem Eisenbahnbetriebe verbundene Gefahr zurückzuführen.

4. **RG.** EisenbE. **26** 178. Das Anrennen gegen eine herabgelassene Bahnschranke ist kein Betriebsunfall, da die innere kausale Beziehung zu dem Eisenbahnbetrieb und dessen Gefahren fehlt.

5. EisenbE. **26** 168 (ÖstObG.). Hat eine Person nicht unmittelbar durch eine Ereignung im Verkehr einer Eisenbahn, sondern durch die aus Anlaß einer solchen Ereignung hervorgerufene seelische Erschütterung eine Verletzung an der Gesundheit erlitten, so ist die Eisenbahn für diese Verletzung nicht haftpflichtig.

6. EisenbE. **26** 291 (SchweizBG.). Ein Unfall liegt nur dann vor, wenn die schädliche Einwirkung sich in einem relativ kurzen, scharf abgegrenzten Zeitraume vollzogen hat, so daß also jedenfalls diejenigen Einrichtungen, welche Monate und Jahre gedauert oder welche sich während eines solchen längeren Zeitraums unzählige Male wiederholt haben, nicht mehr unter den Begriff des Unfalls subsumiert werden können. In dem Kriterium der Plötzlichkeit liegt das wichtigste Unterscheidungsmerkmal des Unfalls gegenüber der Krankheit bzw. des Betriebsunfalls gegenüber der Berufskrankheit.

7. Schmid, EisenbE. **26** 225. Unter dem Betriebe der Eisenbahn ist nicht auch der Betrieb der Eisenbahnhilfs- und Nebenbetriebe, d. h. aller derjenigen Betriebe zu verstehen, die unter der Verwaltung der Eisenbahn stehen. Auf die Eisenbahnhilfs- und Nebenbetriebe findet daher das Haftpflichtgesetz grundsätzlich keine Anwendung, es sei denn, daß bei dem Unfall eine unmittelbare Wirkung des Übergreifens der dem Eisenbahntransportbetrieb eigentümlichen Gefährlichkeit auf jene Betriebe vorliegt. Wohl aber ist es möglich, daß einzelne Unfälle in Hilfs- oder Nebenbetrieben unter § 2 fallen, namentlich dann, wenn die Betriebe sich als Fabriken charakterisieren. Schadensfälle, die sich in Hilfs- und Nebenbetrieben der Bahn ereignen, fallen auch nur ausnahmsweise unter Art. 105 EGBGB. und das diesbezügliche Landesrecht, doch steht der Landesgesetzgebung nichts im Wege, gemäß Art. 105 auch solche Hilfs- und Nebenbetriebe als gemeingefährliche zu behandeln, die an sich nicht unter §§ 1 u. 2 HaftpflG. zu subsumieren sind. Die weitergehenden Bestimmungen des Landesrechts können namentlich darin bestehen, daß im Gegensatze zu den allgemeinen Schadensersatzpflichtnormen des BGB. die Ersatzpflicht der Bahn nicht von dem Nachweis eines Verschuldens als causa der Schadensstiftung abhängig erklärt wird, so daß auch hinsichtlich des von der Eisenbahn sowie gegebenenfalls ihren Hilfs- und Nebenbetrieben verursachten Sachschadens sowohl Obligationen ex lege als auch solche quasi ex delicto entstehen können.

8. Ammann, EisenbE. **26** 456 ff. Ein Unfall beim Selbstverladegeschäft ist in der Regel kein Betriebsunfall, denn die Entladung eines stillstehenden Wagens durch den Empfänger des Gutes stellt sich nicht als eine Betriebstätigkeit der Eisenbahn dar.

II. Kausalzusammenhang. (S. BGB. § 249 Ziff. 5.) **RG.** EisenbE. **26** 333. Der Sturz auf der Treppe einer Unterführung steht mit dem Eisenbahnbetriebe nur dann in ursächlichem Zusammenhange, wenn für den Verletzten, der nach Lösung der Fahrkarte den Zug erreichen wollte, Eile geboten war. Wenn der Unfall zunächst einen inneren Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetriebe vermissen läßt, ist es Sache des Verletzten, die Umstände zu behaupten und zu beweisen, die diesen Zusammenhang herzustellen geeignet sind.

RG. EisenbE. **27** 86. Ein bestimmter Umstand braucht nicht die alleinige Ursache eines Unfalls zu sein, es genügt, daß er eine mitwirkende Ursache für den schädigenden Erfolg war, sofern beide nur nicht in einer zu losen Verbindung nach der Auffassung des Lebens gestanden haben.

EisenbE. **26** 300 (App. u. KassH. Bern). Bei dem Sturze eines Angestellten während des Betriebs von einem Geschäftswagen infolge eines epileptischen Anfalls besteht Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Unfall.

III. Betriebsunternehmer. **RG.** EisenbE. **26** 208. Sind für einen Unfall ein Eisenbahnunternehmer aus dem Haftpflichtgesetz und ein anderer aus § 823 BGB. haftbar, so haften beide als Gesamtschuldner.

IV. Höhere Gewalt. 1. Eckstein, JW. **10** 646, will Handlungen und Unterlassungen von Kindern nicht als höhere Gewalt ansehen und erachtet die Praxis, die zwischen den Unfällen auf verkehrsreicher Straße und den übrigen Unfällen unterscheidet, indem sie bei ersteren höhere Gewalt als vorhanden annimmt, bei letzteren dagegen entgegengesetzt entscheidet, als unerfreulich. Höhere Gewalt liege in keinem Falle vor, da ein Umstand, der in der Person des Verletzten bestehe, nie ein äußeres Einwirken sein und überhaupt nicht, wie es der Begriff der höheren Gewalt erfordere, verursachend wirken könne.

2. **RG.** EisenbE. **27** 93. Wenn sich ein Straßenbahnwagen vom Depot selbsttätig oder infolge Eingreifens eines Dritten fortbewegt und infolgedessen ein Unfall sich ereignet, so liegt eine die Haftung ausschließende höhere Gewalt im

Sinne des § 1 nicht vor, da nicht davon die Rede sein kann, daß ein solches Ereignis auch bei den zweckmäßigsten Einrichtungen und bei Anwendung der größten Sorgfalt nicht verhütet werden könnte. Ein solcher Unfall ist zunächst nur durch irgendeine Unachtsamkeit und einen Mangel an Aufsicht in dem Betriebe des Bahnunternehmens zu erklären, und dem Unternehmer liegt bei solcher Sachlage der Nachweis ob, daß er seinerseits die zur Verhütung solcher Unfälle erforderlichen Maßnahmen getroffen habe.

3. **RG.** EisenbE. **26** 127. Eine ordnungsmäßige Bahnanlage muß so beschaffen sein, daß sie, wenn auch nicht außergewöhnlichen Naturereignissen, wie z. B. Wolkenbrüchen und Bergrutschen, so doch Einwirkungen der Witterung, z. B. Hochwasser, wie sie in einer bestimmten Gegend zu einer bestimmten Jahreszeit häufig wiederzukehren pflegen, standhält. Bei Wetterumschlag und Hochwassergefahr muß der Bahndamm von kundigen Beamten auf seine Haltbarkeit und Widerstandsfähigkeit so genau wie möglich untersucht, insbesondere die Strecke vor Zugabgang von dem Bahnwärter abgeschritten, die Festigkeit der Gleise sorgsam geprüft und endlich auch die Tätigkeit der Bediensteten überwacht werden.

4. **RG.** EisenbE. **26** 189. Die Unachtsamkeit des Führers eines Straßenbahnwagens hat der Unternehmer absolut, nicht nur gemäß § 831 BGB. zu vertreten. Denn die auch bei sorgfältiger Auswahl der Betriebsbeamten vorkommenden Mängel und Versehen in der Ausführung der Betriebshandlungen sind eben Mängel des Betriebs, die auch, wenn sie für den Unternehmer unvermeidlich sind, nach dem Grundsatze des § 1 HaftpflG. von ihm zu vertreten sind.

V. Eigenes Verschulden. (Vgl. BGB. zu § 254 Ziff II 1). **RG.** EisenbE. **27** 70, EisenbVereinsZ. **10** 789. Ist der Gang zwischen zwei Gleisen stellenweise stark eingeengt und schlüpfrig, so wird in dem verbotwidrigen Betreten des einen Gleises allein kein oder doch nur ein geringes Verschulden erblickt werden können. Wer aber diesen gefährlichen Weg wählt, ist zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichtet. Unterläßt er es, sowohl beim Betreten des Gleises als auch solange er sich darin befindet, häufig Umschau zu halten, so tritt vor seinem grobfahrlässigen Verhalten die Betriebsgefahr völlig zurück.

RG. EisenbE. **26** 194. Wenn ein Fahrgast, der auf der nächsten Station auszusteigen beabsichtigt, vor der Einfahrt in die Station sich bereits in dem Seitengange des D-Zuges aufstellt und hier infolge eines heftigen Stoßes des Zuges einen Schaden erleidet, so kann in dem Verhalten des Fahrgastes ein eigenes Verschulden nicht gefunden werden.

RG. EisenbE. **26** 210. Eigenes Verschulden liegt nicht vor, wenn der Verletzte nach Halten des Zuges an der Endstation beim Aussteigen annehmen durfte, daß derselbe sich nicht plötzlich wieder in Bewegung setzen werde.

RG. 72 219, EisenbE. **26** 321. Läßt eine Verletzung die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe als geboten erscheinen, so hat der Verletzte dem für die Verletzung Haftpflichtigen gegenüber der Verpflichtung, auf möglichste Minderung des Schadens bedacht zu sein, in der Regel damit genügt, daß er einen Arzt, der durch die staatliche Prüfung seine Befähigung zum ärztlichen Berufe dargetan hat, hinzugezogen und dessen Anordnungen befolgt hat. Dagegen erfordert die im Verkehre gebotene Sorgfalt von dem Verletzten nicht, daß er die Leistungen des Arztes und die Richtigkeit seiner Anordnungen nachprüft.

RG. EisenbE. **26** 326. Wenn ein Eisenbahnarbeiter, zwischen den Gleisen stehend, sich von einem heranrollenden Eisenbahnwagen anfahren läßt, obschon seine Aufmerksamkeit durch irgendwelche Umstände sonst nicht in Anspruch genommen ist und ihm zu seiner Sicherung hinreichend Raum blieb, so ist ein Anspruch aus dem Haftpflichtgesetz ausgeschlossen.

RG. EisenbE. **26** 319. Ein jeder hat, soweit ihm dies nach seinen persönlichen Fähigkeiten möglich ist, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten. Dies schließt jedoch nicht aus, daß bei der Prüfung, in welchem Maße ein Verschulden anzunehmen ist, auch die subjektiven Momente — z. B. Abstumpfung durch Gewöhnung an eine Gefahr — zu berücksichtigen sind.

RG. EisenbE. **26** 315. Ein Fahrgast, der vor dem Anhalten des Zuges die Tür des Abteils öffnet und dann infolge der gewöhnlichen Erschütterung des Wagens beim Anhalten des Zuges aus dem Abteil herausfällt, kann wegen überwiegenden eigenen Verschuldens keinen Anspruch aus dem Haftpflichtgesetz erheben.

RG. EisenbE. **26** 327. Auf einer breiten Treppe ist bei Eisglätte nur vorsichtiges Gehen, nicht auch ängstliches Aufsuchen und Festhalten des Geländers geboten, besonders von seiten eines Reisenden, der nach Ankunft eines Zuges in Gemeinschaft mit einer mehr oder weniger großen Menschenmenge den Bahnhof verlassen will.

RG. EisenbA. **10** 547. Wenn ein Sohn auf Grund eines vom Vater verschuldeten Betriebsunfalls, der den Tod beider Eltern verursachte, Ansprüche erhebt, so sind die auf die Tötung des Vaters, nicht aber die auf Tötung der Mutter gestützten Ansprüche wegen eigenen Verschuldens zurückzuweisen.

RG. EisenbE. **26** 393, EisenbVereinsZ. **10** 197. Sind die Ursachen des Sturzes des Getöteten aus einem Eisenbahnwagen unaufgeklärt geblieben, so kann eigenes Verschulden nur angenommen werden, wenn jeder der von dem Richter als möglich festgestellten Hergänge dasselbe begründen würde.

EisenbE. **26** 254 (Dresden). Wenn eine Frau aus dem Volke in dem hohen Alter von 82 Jahren beim Aussteigen aus einem haltenden elektrischen Wagen trotz entgegenstehender Plakatbelehrung in der falschen Richtung aussteigt, so kann ihr daraus unter Berücksichtigung ihres Geschlechts und ihres hohen Alters oder doch mindestens des letzteren allein der Vorwurf nicht gemacht werden, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen zu haben.

VI. Verhältnis des § 254 BGB. zum Haftpflichtgesetze. (S. a. BGB. § 254 Ziff. II 1.) 1. **RG.** JW. **10** 37, EisenbE. **26** 313. Auch den über 7 Jahre alten jugendlichen Personen gegenüber ist der allgemeine objektive Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt anzulegen, auf ihr jugendliches Alter aber bei Abwägung des Verschuldens gemäß § 254 BGB. Rücksicht zu nehmen.

2. **RG.** EisenbE. **26** 174. Ist ein Fahrgast auf einer ihm unbekannten Eisenbahnstrecke aus entschuldbarem Irrtum in der Dunkelheit verfrüht ausgestiegen nnd infolgedessen beim Wiedereinsteigen verunglückt, so kann in der mangelhaften Beleuchtung, infolge deren weder der Reisende den Namen der Station lesen noch der den Zug begleitende Schaffner das vorzeitige Aussteigen merken und den Fahrgast rechtzeitig warnen konnte, eine solche Erhöhung der Betriebsgefahr liegen, daß ihr gegenüber das mitwirkende Verschulden dem Verletzten nur zu einem Drittel anzurechnen ist.

3. **RG.** EisenbE. **26** 195. Wird ein Radfahrer bei der unbedachtsamen Einfahrt in eine verkehrsreiche Straße von einem zur Probe fahrenden Motorwagen einer neuen Straßenbahn überfahren, so ist der Unfall nicht allein auf die Schuld des Verletzten zurückzuführen. Denn wie die Neuheit der Einrichtung die Folge gehabt hat, daß der Verletzte noch nicht gewöhnt war, auf die Läutesignale der Wagen zu achten, so haben auch die Probefahrten mit den Motorwagen für das an den Verkehr der elektrischen Bahn noch nicht gewöhnte Publikum notwendig besondere Gefahren mit sich gebracht, deren Folgen nach dem Grundsatze des Haftpflichgesetzes der Unternehmer zu tragen hat.

§ 2. RG. EisenbE. **26** 315. Jeder, der eine Aufsichts- oder Leitungstätigkeit irgendwelcher Art von geringerem oder größerem Umfange, vorübergehend oder dauernd selbständig ausübt, fällt unter § 2.

RG. EisenbE. **27** 81. Die Unterlassung unfallverhütender Anweisungen an die ihm unterstellten Personen führt für den leitenden Ingenieur einer Fabrik im Falle eines selbst erlittenen Unfalls den vollständigen Verlust seiner Ansprüche herbei.

§ 3. 1. **RG.** EisenbE. **26** 314. Der Schaden, den eine Ehefrau durch den Tod ihres Mannes erlitten hat, wird nicht dadurch aufgehoben oder gemindert, daß sie ihre Arbeitskraft jetzt dem eigenen Erwerbe widmen kann. Ebensowenig kann hier von Vorteilsausgleichung gesprochen werden; denn der Vorteil, der der Ehefrau zuflösse, würde nicht auf dem Tode ihres Mannes, sondern auf ihrer freiwilligen Arbeitsleistung beruhen, der Tod des Mannes also nicht die Ursache, sondern nur eine entferntere Bedingung des Vorteils sein.

2. Abs. 2. a) **RG. 72** 437, EisenbE. **26** 437. Wiederholt ist entschieden, daß die Witwe des Getöteten von dem Haftpflichtigen insoweit keinen Schadensersatz beanspruchen kann, als ihr in den Einkünften des durch den Tod ihres Ehemanns auf sie übergegangenen Vermögens die Mittel zur Bestreitung ihres Unterhalts geblieben sind, sowohl im Falle gütergemeinschaftlicher Ehe als auch im Falle der Erbfolge der Witwe bei anderem ehelichen Güterstande. Voraussetzung ist bei Übergang eines Geschäfts, daß unbeschadet des ordnungsmäßigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs der Unterhalt der Witwe aus dem Reingewinne bestritten werden kann. Dagegen wäre der Witwe eine Einnahmequelle insoweit nicht anzurechnen, als sie die Einnahmen, wenn auch unter Zuhilfenahme von ererbtem Vermögen, ihrer Arbeitskraft und nicht den von dem verstorbenen Ehemann ihr hinterlassenen Vermögenswerten verdankt. In diesem Falle möchte nur die Nutzung aus dem in dem Geschäft angelegten, auf sie übergegangenen Kapital in Anrechnung gebracht werden dürfen. Daraus allein aber, daß die Witwe das Risiko bei dem auf ihren Namen fortgeführten Geschäfte zu tragen hat, kann nicht gefolgert werden, daß der Geschäftsgewinn durch ihre Erwerbstätigkeit erzielt ist. Eine andere Frage wäre es, ob die in dem Handelsgeschäfte beruhende Unterhaltsquelle eine derart sichere ist, daß dadurch für absehbare Zeit die Deckung des Unterhalts der Witwe gewährleistet wird. Ein wohlfundiertes Handelsgeschäft aber stellt nicht nur einen realen, in dem Komplex der gesamten Betriebsmittel verkörperten Vermögenswert, sondern — auch ohne persönliche Beteiligung der Hinterbliebenen — eine dauernde Einnahmequelle und mehr als eine bloße Gewinnchance für sie dar. Einer Anrechnung der gesamten, der Witwe zufließenden Geschäftserträgnisse steht deshalb nichts im Wege. Daß die aus der persönlichen Tätigkeit des Verstorbenen entsprungene Einnahme versiegt ist, kann von der Witwe nicht verwertet werden, solange durch die andere von dem Getöteten auf sie übergegangene Einnahmequelle ihr gesetzlicher Unterhaltsanspruch volle Befriedigung findet.

b) **RG.** EisenbE. **26** 451. Die Tatsache, daß der Getötete (ein Kind) dem Kläger unterhaltspflichtig werden konnte, reicht zur Begründung einer Feststellungsklage nicht aus.

c) **RG.** EisenbE. **26** 441. Wenn die Erben des Getöteten die Gütergemeinschaft fortsetzen, so können sie nur dasjenige ersetzt verlangen, was bei Anrechnung der Nutzungen des Vermögens zur Bestreitung des ihnen gebührenden Unterhalts noch fehlt.

d) **RG.** EisenbE. **26** 321. Nicht die tatsächliche Unterhaltsgewährung des getöteten Sohnes an die Eltern ist entscheidend, sondern seine rechtliche Unterhaltspflicht.

e) **RG.** EisenbE. **26** 383. Zur Begründung des Anspruchs auf Aufhebung der Rentenforderung einer Witwe genügt der Nachweis, daß sie infolge ihrer Wiederverheiratung von ihrem zweiten Ehemann in ganz gleicher Weise wie vom ersten unterhalten wird.

f) **RG.** EisenbE. **26** 332. Wenn die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen aus dem Nachlasse des Getöteten so viel erhalten, daß die Kosten ihres standesgemäßen Unterhalts vollständig gedeckt sind, so kann eine weitere Einnahmequelle, die der Getötete darüber hinaus noch hatte, die aber infolge seines Todes versiegt ist, zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs nicht verwertet werden.

g) **RG.** EisenbE. **26** 204. Für die von der Ehefrau auf Grund ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht geschuldeten Leistungen ist der Ehemann bei dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung nur verpflichtet, wenn und soweit der Unterhalt bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Eingebrachten bestritten werden kann. Von einer Unterhaltspflicht des Schwiegersohns kann hiernach nicht die Rede sein, wenn die Eltern der Frau nicht in der Lage waren, ihrer Tochter eine Mitgift zu geben und die Tochter auch sonstiges eingebrachtes Vermögen nicht besitzt.

§ 3 a. 1. **RG.** EisenbE. **26** 203. Der Verletzte kann nach dem Reichshaftpflichtgesetze nicht auch Schadensersatz dafür beanspruchen, daß die Verletzung voraussichtlich eine Verkürzung seiner Lebensdauer zur Folge hat. Der Umstand, daß der Kläger Dritten gegenüber etwa unterhaltspflichtig ist und daß diese durch den verfrühten Tod des Klägers einen Vermögensschaden erleiden würden, würde nicht für den Kläger, sondern allenfalls nur für die Unterhaltsberechtigten Ansprüche zur Entstehung bringen können.

2. **RG.** EisenbE. **26** 325. Für die Möglichkeit der Ergreifung eines anderen Erwerbszweiges durch den Verletzten trifft den Haftpflichtigen die Beweislast. Dieser genügt er aber nicht, wenn er auf Erwerbszweige hinweist, deren Ergreifung für den Verletzten nach seinem körperlichen Zustande schlechthin ausgeschlossen ist oder zu denen ihm, soviel ersichtlich ist, die Vorbildung fehlt und kaum verschaffbar ist, oder wenn er sich mit einer allgemeinen Redensart, wie der Benennung der „Hausindustrie", die ungezählte Erwerbsarten umfaßt, begnügt. S. a. BGB. § 254 Ziff. III 2.

3. **RG.** EisenbE. **26** 167. Die Kosten eines besonderen Schlafzimmers, das für eine infolge eines Betriebsunfalls an Lungentuberkulose leidende Person zur Milderung ihres Leidens erforderlich ist, gehört zu den ihr gesetzlich zu erstattenden Kosten des Heilverfahrens.

4. **RG.** EisenbE. **27** 60. Kommt bei einem Verletzten eine Behebung oder auch nur eine Besserung der Unfallfolgen gar nicht in Frage, so kann er nicht gezwungen werden, lediglich um die von dem Ersatzpflichtigen nach dem Gesetze zu zahlende Entschädigung herabzumindern, sein Leben statt in seiner Familie und seiner eigenen Häuslichkeit in einer öffentlichen Anstalt zuzubringen.

5. **RG.** EisenbE. **27** 75. Unter die Kosten des Heilverfahrens fallen auch die Mehrkosten einer günstig gelegenen Wohnung, sofern der Gesundheitszustand des Verletzten die Wahl einer solchen besseren Wohnung notwendig macht. Die subjektive Meinung des behandelnden Arztes ist hier aber nicht ausschlaggebend. Grundsätzlich kann nur die objektive Notwendigkeit darüber entscheiden, ob derartige, immerhin außergewöhnliche Aufwendung als Kosten des Heilverfahrens anzusehen und zu erstatten sind.

6. **RG.** EisenbE. **27** 92. Für die Gewährung einer Kapitalabfindung statt Rente ist es ein wichtiger Grund, wenn dadurch auf den Zustand des durch die Unsicherheit seiner Lage krankhaft erregten Verletzten heilend eingewirkt

wird. Die Kurkosten können dann in Rentenform zugesprochen werden, wenn fortlaufende Überwachung und Behandlung des Verletzten notwendig ist.

7. **RG.** EisenbE. **26** 327. Wenn eine Unterhaltsminderung der Ehefrau infolge Sinkens der Einnahmen aus dem gemeinschaftlich betriebenen Geschäfte von dieser dargetan ist, so muß der Haftpflichtige seinerseits beweisen, daß den Eheleuten noch andere, für die Höhe des Unterhalts wesentliche Einnahmen zu Gebote stehen.

8. **RG.** JW. **10** 19, EisenbE. **26** 409. Gegenstand des Schadensersatzes ist nicht, wie nach den Unfallversicherungsgesetzen, die Verminderung der abstrakten Erwerbsfähigkeit, sondern die tatsächliche Erwerbseinbuße.

9. **RG.** EisenbE. **27** 84. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ist die Ehefrau selbständig schadensersatzberechtigt. Denn durch die Tätigkeit der Frau wird hier nicht dem Manne (wie beim gesetzlichen Güterrechte), sondern dem Gesamtgut eine Ausgabe erspart, und was sie durch ihre Tätigkeit im Gewerbe des Mannes erwirbt, erwirbt sie nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgute. Wird ihr jene und diese Tätigkeit unmöglich gemacht oder erschwert, so erleiden daher beide Ehegatten Schaden, sie sind Gesamtgläubiger des Schädigers.

10. **RG.** EisenbE. **26** 189. Wer wegen mitwirkenden Verschuldens den bei einem Unfall erlittenen Schaden nur zu einer bestimmten Quote ersetzt bekommt, kann, wenn ihm Invalidenrente und Krankenkassenleistungen zustehen, von der Eisenbahn nur den Betrag verlangen, der sich ergibt, wenn von dieser Quote Invalidenrente und Krankenkassenleistungen abgezogen werden.

11. EisenbE. **27** 49 (AppuKassH. Bern). Bei gänzlicher Erblindung ist in der Regel völlige Erwerbsunfähigkeit vorhanden. Denn es muß angenommen werden, daß eine gänzlich erblindete Person weder durch ihre bisherige noch durch eine anderweitige Tätigkeit einen Teil ihres Unterhalts verdienen kann. Ein ausnahmsweise möglicher kleiner Verdienst kann nicht in Betracht fallen, wenn er — wie es bei Blinden notwendigerweise der Fall ist — weder als dauernd noch als gesichert angesehen werden kann.

12. EisenbE. **26** 304 (AppG. Baselstadt). Durch eine Verstümmelung (Verlust eines Fingers) wird eine Schädigung der Arbeitsfähigkeit auch dann herbeigeführt, wenn der Verletzte imstande ist, die gleiche Arbeit wie vor dem Unfalle zu verrichten. Denn es sind nicht nur die Schadensfolgen beeinträchtigter Arbeitsfähigkeit, sondern auch die Schadenswirkungen erschwerter Verwertung der an sich vorhandenen Arbeitsfähigkeit zu ersetzen, sofern die Verwertungsbehinderung ursächlich auf das in Frage stehende Haftpflichtereignis zurückzuführen ist.

§ 7. RG. JW. **10** 717. Die Zuerkennung einer Kapitalabfindung aus einem wichtigen Grunde ist gerechtfertigt, wenn Aussicht besteht, den Kläger durch das Mittel der endgültigen Kapitalabfindung von seiner ihn krankhaft beunruhigenden Ungewißheit zu befreien und diesen heilungshemmenden Umstand zu beseitigen, also heilend auf den Kläger einzuwirken. Jedoch muß die Kapitalabfindung, soweit angenommen ist, daß sie die Gesundung des Klägers beschleunigen werde, entsprechend niedrig ausfallen. S. a. o. zu § 3a Ziff. 6.

RG. EisenbE. **26** 308, EisenbVereinsZ. **10** 34. Bei Besserung der Erwerbsfähigkeit ist die Rente zu kürzen, wenn es auch dem Verletzten schwerer fällt, eine Stellung zu erlangen als einem gesunden Menschen. Denn daraus folgt nicht, daß es ihm überhaupt unmöglich ist, irgendwo in einem kaufmännischen Betriebe noch ein Unterkommen zu finden. Wenn der Verletzte vor dem Unfall eine leitende Stellung eingenommen hat, so darf er sich darauf nicht versteifen, vielmehr hat er die Pflicht, auch irgendeine andere angemessene Stellung anzunehmen.

§ 8. RG. EisenbA. **10** 544. Die kurze Verjährungsfrist wird durch ein vertragsmäßiges Anerkenntnis der Schadensersatzpflicht beseitigt.

RG. EisenbE. **26** 440. Hat der Ersatzpflichtige seine Verpflichtung zur Zahlung einer nach den dermaligen Verhältnissen des Verletzten bezifferten Rente anerkannt, so liegt darin auch das Anerkenntnis der Verpflichtung zur Erhöhung der Rente, sofern nachher Verhältnisse eintreten sollten, die zu einer höheren Bemessung der Rente führen. Durch die gemäß der ursprünglichen Rentenfestsetzung erfolgenden Rentenzahlungen wird dann jedesmal die Verjährung hinsichtlich des ganzen Rentenanspruchs unterbrochen.

RG. EisenbE. **26** 427. Die zweijährige Verjährungsfrist gilt nicht für den Ausgleichungsanspruch, den ein Dritter gemäß § 840 Abs. 3 BGB. gegen den aus dem Haftpflichtgesetze Haftenden erhebt.

Unlauterer Wettbewerb.

I. Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Mehr und mehr verschwindet naturgemäß die Anwendung der Vorschriften des alten UnlWG. Da aber, wie bereits JDR. **8** in der Vorbemerkung erwähnt ist, die früheren Entscheidungen auch für das neue Gesetz Bedeutung behalten, mußten sie an dieser Stelle erwähnt werden. Das Interesse der Literatur gehört vollständig dem neuen Gesetze. Unter den Entscheidungen befinden sich mehrere, die allgemeines Interesse erregen.

Literatur: v. Dassel, Zur Frage der Berechtigung, die Bezeichnung „amerikanischer Zahnarzt, in Amerika approbierter Zahnarzt" zu führen, R. **10** 203.

§ 1. I. Allgemeines (JDR. 8 § 1 Ziff. I). Über den Begriff des Gewerbetreibenden s. § 1 Ziff. IV B 12 f.

II. Antragsberechtigte (JDR. 8 § 1 Ziff. II).

RG. (Straff.) **43** 44. Berechtigung der Handwerkskammern zur Stellung von Strafanträgen.

III. Öffentliche Mitteilungen (JDR. 8 § 1 Ziff. III).

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art (JDR. 8 §1 Ziff. IV, **7** § 1 Ziff. IV, **6** IV, **5** IV, **4** IV).

A. Allgemeines.

RG. UnlW. **9** 165. Maßgebend für die Beurteilung einer Angabe ist die Auffassung des Publikums.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen wurde (JDR. 8 § 1 Ziff. IV B, **7** Ziff. IV B, **6** Ziff. IV B, **5** Ziff. IV B, **4** Ziff. IV B).

1. Selbstkostenpreis. Mumm, R. **10** 659 f. Selbstkostenpreis = Einkaufspreis (eventuell Herstellungspreis) + Verkaufsunkosten. Verkaufspreis = (Einkaufspreis und Verkaufsunkosten =) Selbstkostenpreis + Gewinnaufschlag. AM. Meyer, R. **10** 768.

2. **RG.** R. **10** Nr. 579, UnlW. **9** 252. Wenn jemand, der in einem Fache der Landwirtschaft Unterricht erteilt, sich, ohne einen bestimmten Bildungsgang durchgemacht zu haben, in öffentlichen Kundmachungen „Landwirtschaftslehrer" nennt, so ist darin eine unrichtige Angabe im Sinne des § 1 Unl. WG. nicht zu finden, wenn das Publikum, für welches die Kundmachungen bestimmt sind, unter jener Bezeichnung jeden begreift, der in landwirtschaftlichen Fächern Unterricht erteilt.

3. SächsRpflA. **10** 413, R. **10** Nr. 3664 (Dresden). Die Bezeichnung von Kakaopulver als Kakaoextrakt fällt unter § 1. Vgl. UnlW. **9** 67 (Hamburg). Die Ankündigung, Kakao mit geringem Fettgehalte sei mit abgerahmter Milch zu vergleichen, er sei wertlos, verstößt gegen das Gesetz.

4. **RG.** UnlW. **9** 315. Die unwahre Angabe, daß Inhaber des Geschäfts alle Waren selbst fabriziere, ist nicht unter allen Umständen eine Irreführung des Publikums i. S. des § 1.

5. R. **10** Nr. 2093 (Hamburg). Die Anpreisung eines Kaufmanns, er verkaufe die Ware zu Fabrikpreisen, wird dadurch keine unwahre, daß er zu den Fabrikpreisen für seine Barauslagen, wie Fracht usw., geringe Beträge hinzurechnet.

6. BayRpflZ. **10** 122, R. **10** Nr. 1302 (München). Unter „Generalvertretung" versteht das Publikum mit Recht ausschließliche Vertretung für den Bezug im großen, nicht bloß gewöhnliche Vertretung für alle Artikel einer Fabrik.

7. a) ElsLothJZ. **10** 337 (Colmar). Die Anpreisung eines Geschäfts als „erstes" enthält keine unrichtige Angabe tatsächlicher Art i. S. des Gesetzes, sofern sie ist lediglich als Urteil oder Kritik des Geschäftsinhabers selbst aufzufassen ist, in dem Sinne nämlich, daß der „erste Rang" des Geschäfts angepriesen werden soll. Ein solches Urteil über das eigene Geschäft ist nicht unzulässig, mag es auch übertrieben sein. Dagegen kann, falls die Bezeichnung „erstes" zeitlich aufzufassen ist, im Falle der Unrichtigkeit derselben ein Verstoß gegen die fragliche Gesetzesbestimmung vorliegen.

b) SächsRpflA. **10** 266, UnlW. **9** 349 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb, begangen durch die Ankündigung „ältestes und größtes Spezialkonfektionshaus am Platze". Diese Ankündigung ist keine bloß marktschreierische Anpreisung, sondern Angabe i. S. des § 1.

8. SächsOLG. **31** 504 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb durch Anbringung der Glashüttenfirma auf Uhren, die die Firma in der Schweiz anfertigen läßt. Angaben auf der Ware selbst als Bekanntmachungen und Mitteilung (**RG.** JW. **98** 398).

9. **RG.** UnlW. **10** 33. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art über die Herstellungsart, wenn Portlandzement angeboten wird, während der Anbietende ein belgisches Naturzement liefern will.

10. LeipzZ. **10** 253 (LG. Leipzig). Keine Namensrechtsverletzung durch die wahrheitsgemäße Angabe, ein Träger des Namens sei früher Geschäftsinhaber gewesen.

11. Unlauterer Wettbewerb im Handel mit Kognak. JDR. 8 § 1 Ziff. IV B 13. **RG.** UnlW. **10** 65. Anschein des Angebots von französischem Kognak durch Benutzung einer französisch klingenden Firma und französischer Bezeichnungen.

12. Zahnärzte (JDR. 8 § 1 Ziff. IV B 18, 7 § 1 Ziff. IV B 18).

a) v. Dassel. Die Bezeichnung „amerikanischer Zahnarzt" oder „in Amerika approbierter Zahnarzt" enthält keine unwahre Angabe, wenn der Zahnheilkundige wirklich in Amerika ausgebildet und zur Ausübung der Zahnheilkunde zugelassen ist.

b) **RG.** UnlW. **9** 314. Anschein eines besonders günstigen Angebots, wenn ein Zahntechniker das Geschäft eines Zahnarztes erwirbt und dessen Schilder am Hause ohne Zusatz fortbestehen läßt.

c) **RG.** SächsRpflA. **10** 45 f. JDR. 8 § 1 IV B 18 **a** (942).

d) HansGZ. **10** Hptbl. 81 (Hamburg). Mit Recht hat das RG. in seiner Entscheidung vom 17. Oktober 1907 (vollständig abgedruckt in der Berliner

zahnärztlichen Halbmonatsschrift vom 20. Januar 1908 S. 16; auszugsweise mitgeteilt im R. **08** Nr. 157) darauf hingewiesen, daß bei der Frage, ob ein Verstoß gegen § 1 UnlWG. vorliege, die §§ 29 und 147 Nr. 3 GewO. vollständig auszuscheiden haben. Aus der unbefugten Benutzung eines Titels oder einer Bezeichnung folgt noch keineswegs, daß der Titel oder die Bezeichnung eine unwahre ist und umgekehrt, aus der Wahrheit der Bezeichnung noch nicht die Berechtigung zur Führung. Richtig ist nur soviel, daß die Tatsachen, insbesondere die Auffassung des Publikums von einer Bezeichnung möglicherweise sowohl eine Bestrafung nach § 147 Nr. 3 GewO., wie der Annahme einer unwahren Angabe im Sinne des § 1 UnlWG. rechtfertigen. Im übrigen ist die Frage, ob in der Bezeichnung: „Zahnärztin, approbiert in Amerika", eine unwahre Angabe liegt, unabhängig von der Frage, zu prüfen, ob die Beklagte diese Bezeichnung nach § 147 Nr. 3 GewO. führen d a r f. Der verständige Leser wird die Bezeichnung nur dahin verstehen, daß der betreffende Zahnheilkundige die Zahnheilkunde in Amerika erlernt hat und dort zur Ausübung der Zahnheilkunde zugelassen ist. Manche der Leser werden dann vielleicht aus irgendwelchen Gründen den weiteren Schluß ziehen: dieser Zahnheilkundige sei in der Zahnheilkunde besonders erfahren und geschickt, sogar geschickter als ein deutscher Zahnarzt. Ob dieser Schluß unberechtigt ist, ist dann Frage des Einzelfalls

e) DJZ. **10** 1304 (Dresden). Verbot an einen praktischen Arzt, sich als „praktischer Arzt und Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten und Zahnersatz" zu bezeichnen. An sich kann jeder approbierte Arzt sich ein besonderes Gebiet der Heilkunde erwählen; es kann also der allgemein gebildete Arzt, wenn er sich besonders mit Zahn- und Mundheilkunde beschäftigt, sich auch als „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten" bezeichnen; nur sofern nach den Umständen des Falles hierdurch der Anspruch erweckt wird, der Betreffende sei Zahnarzt i. S. von § 29 GewO. und habe die besondere zahnärztliche Approbation erlangt, ist dies zulässig. Da der Beklagte diese Approbation nicht erlangt hat, ist die Ankündigung eine unrichtige tatsächliche Angabe.

f) **RG.** JW. **10** 840, LeipzZ. **10** 777, UnlW. **10** 64. Dahingestellt kann bleiben, ob der Kläger, der praktischer Arzt ist, schon deshalb im Sinne des UnlWG. als ein Gewerbetreibender anzusehen wäre (M ü l l e r, Kommentar [4] 32). Die Beziehung des Klägers zu der unstreitig gewerblichen Herstellung und Inverkehrbringung der Einlagesohle I a, deren Zugehörigkeit zu einer dem „Supinator" verwandten Warenart nicht bezweifelt werden kann, ist dadurch hinreichend gegeben, daß er das ihm an dieser Sohle kraft seines Patents ausschließlich zustehende Recht zur Herstellung und zum Vertriebe zum Zwecke der gewerblichen Ausnutzung an die Firma übertragen hat und dafür eine Abgabe bezieht. Indem er hiernach aus der von ihm gebilligten und veranlaßten Herstellungs- und Vertriebstätigkeit der Lizenzträgerin eine Erwerbsquelle macht, kann man sagen, daß auch er die gewerbliche Benutzung seiner Sohle betreibe.

13. Z i g a r e t t e n h a n d e l (JDR. **8** § 1 Ziff. **IV B** 19, **7** Ziff. **IV B** 19). HansGZ. **10** Hptbl. 253 (Hamburg). Die beanstandete Packung zeigt die Firma **Kyriazi frères** und den Namen Neptune. Sie enthält auch, was nicht verkannt werden soll, in großem und in die Augen fallendem Drucke auf der Oberseite des Kartons das Wort „Berlin" und ferner auf den beiden Seitenflächen rechts und links aufgeklebte Zettel, welche in der Mitte das Wort „Neptune" und im Kreise darum den Aufdruck „Nicht-Fabrikat von **Kyriazi frères**, Kairo" zeigen. Unter jenem kreisförmigen Drucke steht geradlinig gedruckt „**Kyriazi frères**, Berlin", jedoch sind die Zettel so aufgeklebt, daß das Wort Berlin nicht auf die Seitenfläche, sondern auf die Unterseite des Kartons zu stehen kommt. Unzweifelhaft

muß ein aufmerksamer Leser des Aufdrucks dieser Packungen erkennen müssen, daß er es nicht mit Erzeugnissen der ägyptischen Firma, sondern mit solchen eines anderen gleichnamigen Unternehmens zu tun habe. Es wird indessen nur ausnahmsweise vorkommen, daß Konsumenten beim Einkaufe von Zigaretten dem Aufdruck auf den Zigarettenschachteln so viel Aufmerksamkeit zuwenden, als zu dieser Wahrnehmung erforderlich ist. Es muß vielmehr damit gerechnet werden, und die Berliner Firma hat auch offenbar damit gerechnet, daß der Käufer sich regelmäßig mit einer oberflächlichen Betrachtung begnügt. Bei einer solchen aber überwiegt so sehr die Zusammenstellung der Namen Kyriazi frères und Neptune, daß die Mehrzahl oder doch zum mindesten ein erheblicher Teil der Käufer von Zigaretten in solchen Packungen des Glaubens sein muß, er erhalte „echte" Kyriazi-Zigaretten, d. h. von der ägyptischen Firma hergestellte. Diese Auffassung zu bestärken, ist auch die Inschrift in türkischen Buchstaben geeignet und offenbar auch bestimmt.

14. Zeitungsgewerbe (JDR. 8 § 1 Ziff. IV B 22).

a) **RG.** JW. **10** 627, LeipzZ. **10** 552, UnlW. **10** 62. Nachdruck von Stellenanzeigen (Inseraten). Beklagte beutet das Unternehmen des Klägers und die Vertrauensstellung aus, die er sich erworben hat. Durch die große Zahl ihrer Inserate maßt sie sich einesteils einen ungerechtfertigten Vorzug gegenüber solchen Konkurrenzblättern an, die weniger Inserate enthalten. Andernteils tritt sie durch den Abdruck der Inserate mit ungleich günstigeren Mitteln in Wettbewerb mit dem Kläger, aus dessen Zeitung sie die Inserate abgedruckt hat. Der Abdruck von Inseraten ist nicht unter allen Umständen als unlauterer Wettbewerb zu bezeichnen. Dem Preßgewerbe ist aus geschäftlichen und technischen Rücksichten die Gepflogenheit nicht fremd, anderswoher unbestellte und unbezahlte Anzeigen (Füllinserate) aufzunehmen. Das Publikum weiß das und rechnet damit, namentlich bei einem Insertionsorgane, das keinen redaktionellen Teil hat. Die gute Sitte verlangt indessen, daß der Abdruck als solcher erkennbar gemacht ist und sich in denjenigen Grenzen hält, die im Zeitungswesen gebräuchlich sind.

b) HansGZ. **10** Beibl. 202, UnlW. **9** 349 (Hamburg). Im allgemeinen steht es jeder Zeitung frei, Inserate, die in einer anderen Zeitung erschienen sind, abzudrucken. Der Abdruck von Bilanzen der ländlichen Genossenschaften, die regelmäßig nur in einer Zeitung publiziert zu werden pflegen, verstößt gegen das UnlWG.

c) HansGZ. **10** Hptbl. 105 (Hamburg). Abdruck von Inseraten aus einer anderen Zeitung ohne Auftrag der Inserenten als Verstoß gegen das UnlWG.

d) Über Füllinserate vgl. Boenigk GewRschutz **10** 114—118.

15. Witt, UnlW. **10** 10, über Patentanmaßung als Mittel unlauteren Wettbewerbes.

16. Salinger, UnlW. **10** 36, teilt verschiedene Entscheidungen über die Bekämpfung des Lockartikelunwesens mit.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen wurde (JDR. 8 § 1 Ziff. IV C, **7** Ziff. IV 6, **6** Ziff. IV C, **5** IV C, **4** IV C).

D. Einzelne Ausdrücke (JDR. 8 Ziff. IV D, **7** Ziff. IV D, **6** Ziff. IV D, **5** Ziff. IV D, **4** IV D).

V. Anschein eines besonders günstigen Angebots (JDR. 8 Ziff. V, **7** V, **6** V, **5** V, **4** V.

RG. UnlW. **10** 97. Anschein eines besonders günstigen Angebots durch die Bezeichnung als Spezialgesellschaft für Separatbewachung mit Übernahme der Haftung.

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1 (JDR. 8 Ziff. VI, 7 Ziff. VI, 6 Ziff. VI, 5 Ziff. VI, 4 Ziff. VI).

1. Geschäftliche Verhältnisse (JDR. 6 Ziff. VI 3, 5 Ziff. VI 2).

2. Beschaffenheitsbezeichnung (JDR. 6 Ziff. VI 3, 5 VI 2).

3. Preisbemessung (JDR. 6 Ziff. VI 4).

4. Bezugsquelle (JDR. 4 Ziff. VI 4).

5. Herkunftsbezeichnung (Ziff. IV, 7 Ziff. VI 5, 6 Ziff. VI 5, 5 VI, 4 VI 5).

a) **RG.** JW. **10** 120, UnlW. **9** 160, GRschutz **10** 122. Pilsener Bier ist Herkunftsbezeichnung. Unbefugter Gebrauch der Firma „Pilsener Brauhaus, Gesellschaft mbH." durch eine in Berlin domizilierende Firma.

b) **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **10** 257. Ortsbezeichnungen, die im Verkehr ihre örtliche Beziehung verloren haben und aus Herkunftsbezeichnungen zu Beschaffenheits- und Gattungsbezeichnungen geworden sind, können durch Zusätze, d. h. durch Worte, die mit ihnen in Verbindung gebracht werden, wieder zu Herkunftsangaben werden (Habana-Zigarren, Henry-Clay). Vgl. **RG.** (Strafs.) **39** 410.

6. Auszeichnungen (JDR. 8 Ziff. VI 6, 7 VI 6, 6 VI 7, 5 VI 6). ElsLothJZ. **10** 337 (Colmar), s. o. Ziff. IV B 7 a. Referenzen sind keine Auszeichnungen im Sinne des Gesetzes. Ebensowenig die Berühmung mit Dankschreiben und Anerkennungen, ferner nicht Zirkulare mit den falschen Angaben, daß eine große Anzahl Behörden von dem Reklamisten Ware beziehe; auch nicht die Berühmung mit Referenzen von Fürstlichkeiten.

7. Anlaß des Verkaufs (JDR. 8 Ziff. VI 7, 7 Ziff. VII, 5 VI 7).

a) **RG.** (Strafs.) **43** 44. Wer einen Totalausverkauf veranstaltet, muß von vornherein seine Absicht darauf richten, die sämtlichen zur Zeit der Ankündigung in dem Laden vorhandenen Waren möglichst rasch und zu besonders niederen Preisen loszuschlagen. Nur wenn dem Ankündigenden eine solche Absicht nicht innewohnt, verstößt er gegen § 4. Daß der Ankündigende Vorkehr trifft, wohin er die beim Ausverkaufe nicht veräußerten Waren bringen will (insbes. in ein anderes Geschäft), läßt nicht ohne weiteres einen Rückschluß darauf zu, daß er nicht den bestimmten Willen hatte, das Lager zu räumen.

b) SächsOLG. **31** 508 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb begangen dadurch, daß in Anzeigen ein tatsächlicher Unterschied zwischen dem regulären Verkauf und dem Räumungsverkauf äußerlich nicht erkennbar gemacht worden ist.

c) **RG.** (Strafs.) UnlW. **9** 388. Konkursmassenausverkauf mit Nachschiebung von Waren.

VII. Unterlassungsklage (JDR. 8 Ziff. VII).

1. BayRpflZ. **10** 141 (München). Klägerin hat nicht nur darauf Anspruch, daß die Zuwiderhandlung unterbleibt, welche noch nach der Klagezustellung fortgesetzt worden ist, sondern auch, daß sie einen Vollstreckungstitel gegen weitere Zuwiderhandlungen erhält, sohin eine reellere Gewähr dagegen in die Hand bekam, als es die einfache Unterlassung (von einem bestimmten Tage an) noch dazu unter Protest bildete.

2. BayRpflZ. **10** 262 (München). Klagen auf Unterlassung unlauteren Wettbewerbes fallen, weil vermögensrechtlich, überhaupt nicht unter § 10 GKG. (**RG.** **40** 413); ihr Wert ist daher nach freiem Ermessen festzusetzen (§ 3 ZPO.).

§ 2. BayRpflZ. **10** 347 (Zweibrücken). Eine selbständige Zweigniederlassung liegt vor, wenn von ihr aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, die nicht bloß dazu dienen, die Erfüllung des Geschäftszwecks vorzubereiten, sondern die wenigstens zum Teil den Gegenstand des Geschäftsbetriebs selbst bilden.

§ 3. ElsLothZ. **10** 1 (Colmar). Über die Voraussetzung einer einstweiligen Verfügung im Gegensatz zu der einstweiligen Verfügung nach der ZPO.

§ 4. 1. **RG.** R. **10** Nr. 4227. Die Entscheidungen des RG. wonach die Strafbarkeit des Täters nicht dadurch beseitigt wird, daß er den Anschein eines besonders günstigen Angebots nicht unwahrerweise hervorzurufen beabsichtigt hat, daß vielmehr das Angebot in Wirklichkeit ein vorteilhaftes ist (**RG.** (Straff.) **39** 171, **35** 235), sind auch unter der Herrschaft des UnlWG. vom 7. Juni 1909 als maßgebend anzusehen.

2. SächsOLG. **31** 1 (Dresden [Straff.]). Die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots herbeizuführen, kann auch durch eine zusammenhängende Kette von einzelnen, auf Täuschung des Publikums berechneten Maßnahmen verwirklicht werden.

§ 6. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2096. Das gesetzliche Erfordernis, daß über die Waren eines anderen Behauptungen tatsächlicher Art aufgestellt werden, ist nicht erst dann erfüllt, wenn nach der Auffassung des beteiligten Leserkreises die Behauptungen gerade mit Bezug auf eine bestimmte Ware aufgestellt sind, vielmehr genügt es, wenn nach der Auffassung der Leser diese Ware auch nur als mitbetroffen anzusehen ist.

2. Behauptungen tatsächlicher Art (JDR. **8** § 6 Ziff. **2**, ob. § 1 Ziff. IV).

a) **RG.** UnlW. **9** 254. Behauptungen in einem Rundschreiben, in dem die Bekl. über Waren der Kl. Behauptungen aufstellt. Ob eine Behauptung tatsächlicher Art vorliegt, richtet sich danach, ob sie lediglich der Ausdruck einer persönlichen Meinung oder ob sie ihrem Inhalte nach geeignet ist, auf ihre objektive Richtigkeit hin nachgeprüft zu werden.

b) Vorwurf der Patentverletzung (JDR. **8** § 6 Ziff. 2b, **7** § 6 Ziff. 2a). SächsOLG. **31** 39 (Dresden). Vorwurf des Eingriffs in ein fremdes Patent als Verletzung des § 6 (vgl. JDR. **8** § 6 Nr. 2b).

c) HansGZ. **10** Hptbl. 52, GewRSchutz. **10** 351, R. **10** Nr. 580 (Hamburg) Der zur Empfehlung der eigenen Waren in dem Zirkular des Beklagten enthaltene, für die Leser (Kunden) bestimmte Satz „Sie werden von Ihrem Lieferanten überteuert" enthält eine Behauptung tatsächlicher Art, welche geeignet ist, den Betrieb des Konkurrenzgeschäfts zu schädigen, zumal es sich um Waren (Rabattmarken) handelt, die keinen Marktpreis haben, also nicht ohne weiteres erkennbar ist, daß die Preise in keinem Verhältnisse zu den Herstellungskosten stehen.

d) **RG.** UnlW. **9** 201. Aufstellung nachteiliger, nicht erweislich wahrer Behauptungen in Prospekten über Waren und gewerbliche Leistungen eines Konkurrenten.

e) **RG.** R. **10** Nr. 2095. Sind Zwecke des Wettbewerbes auch nur nebenher verfolgt, so ist es gleichgültig, ob das Behauptete in die Form einer technisch-wissenschaftlichen Betrachtung gekleidet ist.

f) **RG.** UnlW. **9** 201. Fall der Verneinung der Anwendung des § 6 (Behauptung der Urheberschaft an einem Warenzeichenrechte).

g) **RG.** UnlW. **10** 64. Unrichtige Angabe tatsächer Art und Hervorrufen des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Behauptung eines festen Kaufabschlusses über Geldschränke. Aushängen einer den Kaufabschluß ankündigenden Depesche.

3. Abs. 2.

a) **RG.** JW. **10** 43. Ein bloßes Konkurrenzinteresse ist nicht als ein berechtigtes Interesse i. S. des § 6 Abs. 2 anzusehen (**RG.** JW. **02** 594, **04** 185, R. **06** 572). — Jeder hat ein Interesse daran, die Ware des Konkurrenten in

nicht zu günstigem, die eigene Ware in günstigem Lichte erscheinen zu lassen; jeder kann deshalb auch für seine Ware Reklame machen und die Vorzüge seiner Ware gegenüber der Ware des Konkurrenten hervorheben. Dieses allgemein vorhandene Interesse wird aber vom Gesetze selbst ausweislich des Abs. 1 des § 6 als ein berechtigtes nur insoweit anerkannt, als sich die betreffende, lediglich zu Zwecken des Wettbewerbes aufgestellte oder vorbereitete Behauptung in dem durch den Abs. 1 des § 6 gezogenen Rahmen hält. Sie muß erweislich wahr sein; es genügt nicht, wenn der Behauptende von der Richtigkeit der Behauptung nur überzeugt gewesen ist.

b) **RG.** LeipzZ. **10** 145. Der Beklagte hat ein berechtigtes Interesse, sich so zu bezeichnen, daß er sich von andern „Herder"-Firmen unterscheidet. Dieses Interesse geht aber nicht so weit, daß er für sich eine Bezeichnung wählen darf, mit der er zugleich Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt, die geeignet sind, den Geschäftsbetrieb eines anderen zu schädigen, und die nicht erweislich wahr sind. Ob der Kläger sich auch seinerseits dem Beklagten gegenüber eines unlauteren Wettbewerbes schuldig gemacht hat oder nicht, ist für die Entscheidung der Klage ohne Belang.

c) **RG.** R. **10** Nr. 1448. Ein Gewerbetreibender, der in einer „Instruktion" an seine, zum Vertriebe von ihm hergestellter Waren bestellte Vertreter über die von einem Konkurrenten hergestellten Waren nicht erweislich wahre Tatsachen behauptet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts desselben zu schädigen, kann sich dem Unterlassungsanspruche gegenüber auf den § 6 Abs. 2 dann nicht berufen, wenn anzunehmen ist, daß mit der Instruktion der Zweck verfolgt wurde, durch den Mund der Vertreter den Inhalt der Instruktion und die in derselben aufgestellten Behauptungen zur Kenntnis des Publikums zu bringen, um die für den Ankauf sich interessierenden Personen zu bestimmen, die Waren von ihm und nicht von dem Konkurrenten zu kaufen.

d) R. **10** Nr. 208 (Hamburg). Läßt ein Konkurrent in einer Zeitung einen Artikel erscheinen, in dem er über die Waren des anderen Konkurrenten Ungünstiges mitteilt, so wird zunächst zwar eine starke Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß er die Veröffentlichung zu Zwecken des Wettbewerbes veranlaßt hat. Das ist jedoch nicht ausnahmslos der Fall. Ist der Verfasser des Artikels ständiger Mitarbeiter der Zeitung und vielleicht gar von der Redaktion zur Einsendung einer Besprechung aufgefordert, dann kann die Sache so liegen, daß der Verfasser die Mitteilung nicht zum Zwecke des Wettbewerbes, sondern zum Schutze des allgemeinen Interesses veröffentlicht hat. Das würde dann die Anwendung des § 6 ausschließen. Beweispflichtig hierfür ist der Beklagte.

§ 7. 1. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **10** 851. Im § 7 wird vorausgesetzt, daß über die Waren eines anderen unwahre Behauptungen tatsächlicher Art aufgestellt werden. Der Senat tritt der in **RG. 60** 189 vertretenen Anschauung dahin bei, daß in dem Verkauf einer Ware unter einem Namen, der einem andern für eine gleichartige, unter diesem Namen beim Publikum bekannte und beliebte Ware zeichenrechtlich geschützt ist, eine unwahre Behauptung tatsächlicher Art über jene andere Ware zu erblicken ist. Indem der Angeklagte der Beauftragten der Maggigesellschaft, ohne sie aufzuklären, statt der von ihr verlangten Maggiwürze Rottiwürze verkaufte, stellte er über die Ware der Nebenklägerin die unwahre Behauptung tatsächlicher Art auf, die von ihm verabreichte Rottiwürze sei Maggiwürze.

2. R. **10** Nr. 3665 (Colmar). In der öffentlichen Ankündigung des Ausverkaufs von Waren muß nicht nur **pro forma** der Grund, der den Ausverkauf veranlaßt hat, angegeben, sondern der angegebene Grund muß auch ernstlich gemeint und sachlich zutreffend sein. Als Ausverkaufsgründe sind nur solche

anzuerkennen, die nach der Auffassung des Verkehrs es rechtfertigen, daß der Verkauf der Waren (wie die Motive ausdrücken) „in der forcierten Form des Ausverkaufs" vor sich geht.

3. **RG.** (Straff.) UnlW. **10** 96. In dem Verkauf einer Ware unter einem Namen, der einem anderen für eine gleichartige, unter diesem Namen bei dem Publikum bekannte und beliebte Ware zeichenrechtlich geschützt ist, ist eine unwahre Behauptung tatsächlicher Art über jene andere Ware zu erblicken. § 7 erfordert nicht Aufstellung der Behauptung zu Zwecken des Wettbewerbes wie § 6.

4. UnlW. **9** 166 (LG. Berlin I). Verstoß gegen § 7 durch Unterschiebung einer Nachahmung eines Markenartikels (Oetkers Backpulver).

§ 8. 1. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **10** 852. Die Vorschrift des § 8 trifft die Hinzufügung solcher Waren, deren Lieferung bereits vor der Ankündigung des Ausverkaufs in Auftrag gegeben worden war, n u r d a n n, wenn die Waren für den Zweck ihrer Verwertung in der Form des Ausverkaufs bestellt worden waren, während in s o n s t i g e n Fällen dem redlichen Besteller der Mitverkauf der nachträglich eingehenden Waren nicht verwehrt sein soll. Noch weniger kann die Hinzufügung von Waren, welche der Gewerbetreibende vor der Ankündigung des Ausverkaufs bereits im Besitz und nicht von vornherein für den Zweck des Ausverkaufs erworben hatte, als eine Herbeischaffung im Sinne des § 8 angesehen werden; und zwar auch dann nicht, wenn die Waren, wie hier, nach Ankündigung des Ausverkaufs in einer bestimmten Geschäftsstelle an diese von einem anderen Orte, insbesondere von einer anderen Geschäftsstelle her, räumlich heranbewegt worden sind.

2. S c h u t z d e r F i r m a.

a) **RG.** JW. **10** 122, HansGZ. **10** Hptbl. 172. § 8 gibt einen gegen § 37 HGB. erweiterten Firmenschutz; er ist anwendbar, a u c h wenn der Gebrauch einer Firma seitens des Gegners nach den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen und insbes. nach den Bestimmungen des HGB. a n s i c h b e r e c h t i g t ist. Auch im Falle einer solchen Berechtigung kann der Gebrauch einem (bestimmten) anderen gegenüber dann ein nach § 8 unberechtigter sein, wenn er im geschäftlichen Verkehr in einer Weise stattfindet, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der (befugterweise geführten) Firma des anderen hervorzurufen. Für die Verwechselungsfähigkeit i. S. des § 8 handelt es sich nicht darum, ob sich zwei Firmen nach § 30 HGB. voneinander „deutlich unterscheiden", und auch nicht darum, ob in kaufmännischen, an die Unterscheidung von Firmen gewöhnten Kreisen eine Verwechselung von Firmen zu erwarten steht, sondern darum, ob in dem, im Einzelfalle in Betracht kommenden geschäftlichen Verkehr, insbesondere also auch in den Kreisen der Abnehmer derjenigen Ware, um die es sich handelt, eine Verwechselungsmöglichkeit in gewisser Weise naheliegt und deshalb für diese Kreise die Verwechselungsmöglichkeit obwaltet. Von Bedeutung kann sein, ob die eine Firma (die Bekl.) gegründet ist, in der Absicht, auf die Benutzung der Firma Verwechselungen mit der Firma der Kl. hervorzurufen.

b) **RG.** R. **10** Nr. 210 u. 211. Bei der Prüfung der Frage, ob hinsichtlich zweier Geschäftsbezeichnungen Verwechselungsmöglichkeit besteht, sind nicht nur die beiden Geschäftsbezeichnungen selbst in Vergleich zu ziehen, sondern auch sonstige für jene Möglichkeit bedeutsame Umstände, wie die räumliche Nähe der Geschäftsbetriebe und die Gleichartigkeit der geführten Waren zu berücksichtigen. Dadurch, daß eine Geschäftsbezeichnung den nach § 30 HGB. an die Firmenverschiedenheit zu stellenden Anforderungen genügt, wird die Anwendung des § 8 nicht ausgeschlossen. Eine Geschäftsbezeichnung kann an sich mit hinreichender Deutlichkeit sich von einer anderen unterscheiden, und trotzdem zufolge der besonderen Art der Benutzung verwechselungsfähig sein.

c) BadRpr. **10** 103 (Karlsruhe). Kl. hat eine eingetragene Firma „Süddeutsche Wäscheindustrie, Inhaber A. M."; Bekl. haben eine offene Handelsgesellschaft unter der eingetragenen Firma „G. u. B.". Die Bekl. haben auf Geschäftsbriefen den Aufdruck „Süddeutsche Wäscheindustrie G. u. B.". Die Bekl. sind zur Unterlassung des Gebrauchs der Worte „Süddeutsche Wäscheindustrie" verurteilt. Die Worte enthalten nicht etwa eine Etablissementsbezeichnung, sondern geben in Verbindung mit den Worten „G. u. B." den Namen an, unter welchem die Bekl. ihre Geschäfte betreiben.

3. **RG.** UnlW. **9** 203. Verwechselungsgefahr der Namen Mercier mit der Firma Mercier La Roche u. Comp. Vgl. JDR. **8** § 8 Ziff. 2.

4. NaumburgAK. **10** 64 (LG. Magdeburg). Verstoß gegen das UnlWG. durch stillschweigende Unterhaltung eines Irrtums.

5. SächsOLG. **31** 510 (Dresden) s. JDR. **8** Ziff. 6.

6. ZIndR. **5** 10 (Breslau). Der Titel eines Schriftwerkes nimmt an dem Urheberschutze, den das Werk genießt, nicht teil. Er ist daher weder während der Dauer jenes Schutzes unbedingt jeder Benutzung durch andere entzogen, noch steht seine Benutzung nach Ablauf der für das Werk geltenden Schutzfrist jedermann frei (**RG. 12** 116, Allfeld, Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 45, vgl. auch Dernburg, Das Bürgerliche Recht VI 101 (bearbeitet von Kohler). Die Anwendbarkeit der im § 8 UnlWG. enthaltenen, gegen den Mißbrauch der Bezeichnung einer Druckschrift gerichteten Bestimmungen wird daher dadurch, daß die Druckschrift wegen Zeitablaufs keinen Urheberrechtsschutz mehr genießt, nicht schlechthin ausgeschlossen. Da aber zum Tatbestande des § 8 aaO. gehört, daß die Bezeichnung einer Druckschrift in einer Weise benutzt wird, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, so kann dieser Tatbestand nicht dadurch erfüllt werden, daß jemand ein freigewordenes Schriftwerk unter Angabe des diesem Schriftwerke zukommenden Titels nachdruckt, weil in solchem Falle eine Verwechselung mit dem Titel, dessen sich ein anderer mit besserem Rechte als der Täter bedient, nicht wohl denkbar ist. Auch dadurch, daß jemand ein freigewordenes Werk unter Weglassungen und Zusätzen, die den Charakter des Werkes in den Augen des Publikums nicht wesentlich verändern, mit Angabe des bisher üblich gewesenen Titels nachdruckt, wird für denjenigen, welcher das Werk in unveränderter Gestalt weiter vertreibt, ein Anspruch aus § 8 UnlWG. nicht begründet. Denn solange das Publikum das Werk trotz der daran vorgenommenen Änderungen noch als dasjenige anerkennt, für welches der Titel ursprünglich bestimmt war, ist die Benutzung des Titels für das veränderte Werk nicht geeignet, Verwechselungen im Sinne des § 8 hervorzurufen.

§ 9. 1. **RG.** SächsRpflA. **10** 19. Begriff des Betriebsgeheimnisses. (Die zur praktischen Verwertbarkeit eines Verfahrens angestellten Versuche, die Ausgestaltung des Produktionsverfahrens, die Art und Weise, wie der Fabrikationsbetrieb im einzelnen durch Herstellung entsprechender Geräte und Apparate, sowie durch besondere Methoden der Gasmischung allmählich vorteilhafter gestaltet und verbessert ist.) — Vgl. **RG.** (Strafs.) UnlW. **10** 62.

2. **RG.** (Strafs.) UnlW. **10** 96. Dadurch allein, daß mehrere Personen von einem Geschäfte, Auftrage, nacheinander Kenntnis erlangt haben, verliert eine Tatsache noch nicht die Eigenschaft eines Geheimnisses, hierdurch wird sie eine allgemein bekannte oder offenkundige noch nicht. Unter Verwerten ist jede auf vermögensrechtlichen Gewinn abzielende Benutzung eines Geheimnisses zu verstehen, wobei nicht erforderlich ist, daß ein Gewinn tatsächlich erreicht wird.

3. UnlW. **10** 101 (Frankfurt). Eine als geheim behandelte Tatsache muß so lange als Geheimnis gelten, bis durch Zeugen das Gegenteil festgestellt wird.

4. **RG.** (Straff.) UnlW. **10** 95. Die Kundenliste einer Brauerei als Geschäftsgeheimnis.

§ 11. SeuffA. **65** 405 (Celle). Der Unterlassungsanspruch fängt mit der Kenntnis des Anspruchsberechtigten von dem Beginne der Handlung, mit der Kenntnis von der ersten Einzelhandlung der fortgesetzten Tat, zu verjähren an.

§ 16. SächsRpflA. **10** 216 (Dresden). Ein Österreicher, der im Inlande keine Hauptniederlassung hat, kann nicht auf Grund des UnlWG. wegen nachteiliger Äußerungen klagen, die vor dem 1. Januar 1909 gefallen sind. Der Beitritt Österreich-Ungarns zu der Pariser Übereinkunft ist erst am 1. Januar 1909 erfolgt.

II. Gesetz vom 7. Juni 1909.

Vorbemerkung: Das neue Gesetz hat neue Streitfragen entfacht. Die bereits JDR. **8** Vorbemerkung erwähnte Streitfrage, ob § 1 bei der Schadensersatzklage ein Verschulden erfordert oder nicht, ist nicht zur Ruhe gekommen. Von ganz besonderem Interesse sind die Fragen, die sich aus §§ 7 u. 9 über das Ausverkaufswesen ergeben haben. Die sich entgegenstehenden Ausführungen von Fuld u. Rosenthal sind besonders beachtenswert. Hinzuweisen ist auf den Aufsatz von Finger. — Zu § 12 ist der Aufsatz von Wehner hervorzuheben. — Zu § 16 sind bereits zwei Entscheidungen zu verzeichnen. — Über das Anwendungsgebiet des § 18 sind Aufsätze von Wehner und Alsberg erschienen.

Literatur: Alsberg, Unlautere Verwendung fremder Vorlagen und Vorschriften nach Beendigung des Vertrauensverhältnisses, LeipzZ. **10** 112. — Ephraim, Die Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb auf den Arzneimittelverkehr, UnlW. **9** 296. — Feisenberger, Das Vergehen des § 12 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in seiner Bedeutung als Distanzdelikt, UnlW. **9** 294. — Finger, Regelung des Ausverkaufswesens, UnlW. **10** 45. — Fuld, Saison- und Inventurausverkäufe, R. **10** 428. — Goldschmidt, Die Unterlassungsklage im neuen Wettbewerbsgesetze, UnlW. **9** 122. — Derselbe, Die Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und die Vorbenutzung im Warenzeichenrecht, UnlW. **9** 158. — Levy, Der Schadensersatzanspruch nach § 1 des neuen Wettbewerbsgesetzes, UnlW. **9** 116. — Rosenthal, Die Generalklausel des neuen Wettbewerbsgesetzes, GewRschutz **10** 78. — Derselbe, Das Wettbewerbsgesetz vom 7. Juni 1909 und § 826 BGB., UnlW. **9** 123. — Derselbe, Der Streit um § 1 des Wettbewerbsgesetzes, UnlW. **9** 147. — Derselbe, Das Anwendungsgebiet des § 1 UWG., insbesondere hinsichtlich des Warenzeichenrechts, GewRschutz **10** 172. — Derselbe, R. **10** Nr. 506. — Derselbe, In welchem Umfange ist das Vor- bzw. Nachschieben von Waren (§ 8 UWG.) bei Saison- und Inventurausverkäufen gestattet? UnlW. **9** 217. — Voß, Das Verhältnis des Wettbewerbsgesetzes vom 7. Juni 1909 zum BGB., UnlW. **9** 119. — Wehner, Die Stellung des § 12 des Wettbewerbsgesetzes zu den Strafbestimmungen über Betrug, Untreue, Beamtenbestechung usw., SächsRpflA. **10** 208. — Derselbe, Die Dauer des Strafschutzes gegen unlautere Verwendnng fremder Vorlagen und Vorschriften technischer Art nach § 18 UnlWG., GewRschutz **10** 41, LeipzZ. **10** 443. — Weiß, Die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn auf Grund des § 4 Abs. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UnlW. **10** 46.

§ 1. 1. **a)** Voß, UnlW. **9** 119. Verhältnis zum BGB. Ausscheiden des § 826. Verneinung der subsidiären Geltung der §§ 823 u. 824.

b) *Rosenthal, MschutzuWettbew. **9** 123. Der § 1 UnlWG. steht gleichberechtigt neben dem § 826 BGB. und nur dort, wo das UnlWG. eine Regelung nicht gibt, treten die Bestimmungen des BGB. ergänzend in die Lücken.

2. *Rosenthal, GewRschutz **10** 78. Die Gesetzesbestimmung im § 1 stellt sich als eine Verbotsnorm sittenwidriger Schädigung des in Frage stehenden Gewerbezweigs dar, der Gesamtheit der Interessenten. Ein privatrechtliches

Band zwischen Schädiger und Geschädigtem ist also vorhanden. Unrichtig ist die Ansicht Österrieths, daß im § 1 UnlWG. eine gewerbepolizeiliche Vorschrift gegeben sei. ⇛ Vgl. JDR. 8 § 1 Ziff. 2b. Red. ⇚

3. *Rosenthal, MSchutzuWettbew. 8 290, 9 247. Nicht nur der Unterlassungs-, sondern auch der Schadensersatzanspruch aus § 1 UnlWG. erfordert lediglich den objektiven Verstoß gegen die guten Sitten, kein sonstiges Schuldmoment. (Vgl. auch Rosenthal-Wehuer (2) 49 ff.

4. Levy, UnlW. 9 116. Die Schadensersatzpflicht des § 1 tritt ein, sobald das Recht der Erwerbstätigkeit durch eine (sittenwidrige) Wettbewerbshandlung verletzt wird; während nach § 826 die Verletzung eines Rechtes nicht erforderlich ist, wofür dann als Äquivalent der dem § 1 fremde Vorsatz der Schadenszufügung eintritt. Der Schadensersatzanspruch ist von einem schuldhaften Verstoße gegen die guten Sitten abhängig.

5. a) Goldschmidt, UnlW. **9** 122. Die Unterlassungsklage im Gebiete des unlauteren Wettbewerbes setzt keine Wiederholungsgefahr voraus; die einmalige Zuwiderhandlung gegen das Gesetz gibt, ohne Rücksicht, ob eine Wiederholung möglich oder wahrscheinlich ist, einen Anspruch auf Unterlassung. — Vgl. Rosenthal, LeipzZ. **10** 588.

b) Lehmann, LeipzZ. **10** 814, über die Verfolgung der Unterlassungsansprüche aus dem UnlWG. gegen den Konkursverwalter.

6. a) *Rosenthal, GewRSchutz **10** 172. Der § 1 findet eine ausgedehnte Anwendung bei illoyalen Eingriffen in das Warenzeichenrecht, insbesondere bezüglich des Vorbenutzungsrechts und der Defensivzeichen; überhaupt kommt § 1 (neben § 826 BGB.) in Betracht bei jeglicher täuschender Benutzung fremder Bezeichnungen, auch nicht als Warenzeichen eingetragener.

b) Goldschmidt, UnlW. **9** 158. § 1 ist auch bei Verletzung des im Warenbezeichnungsgesetze nicht geregelten Vorbenutzungsrechts heranzuziehen und erscheint als das vorzugsweise geeignete Mittel zur Bekämpfung unlauterer Handlungen, die durch sittenwidrige Ausnutzung der formalen Vorschriften des Warenzeichenrechts begangen werden.

7. Ephraim, UnlW. **9** 296. Die §§ 1 und 3 können Anwendung finden auf den Handel mit Arzneimitteln: Bekämpfung der unrichtigen Bezeichnung von Arzneimitteln; unrichtige Angabe über die Konstitution einer chemischen Verbindung; Inverkehrbringen bekannter Heilmittel in einer Weise, die zu der Annahme verleitet, daß es sich um ein neues Mittel handelt. Empfehlung von Ersatzpräparaten.

8. Klöppel, GewRSchutz **10** 329, behandelt die Wirkung des neuen Wettbewerbsgesetzes auf die Entwickelung des deutschen Markenschutzsystems.

9. Alsberg, UnlW. **9** 145, über einen Fall des Weglockens von Kunden.

10. **RG.** (Strafs.) **43** 355. Wenn eine im Fortsetzungszusammenhange begangene strafbare Handlung teils vor, teils nach dem Inkrafttreten des neuen UnlWG. begangen wurde, kommt das neue Gesetz in Frage.

§ 3. 1. UnlW. **10** 34 (LG. Nürnberg). Unerlaubte Abbildung eines Fabrikgebäudes auf Reklamedrucksachen eines Zwischenhändlers.

2. UnlW. u. Ausstellungswesen: UnlW. **9** 132.

§ 4. 1. HessRspr. **11** 140 (Darmstadt, Strafs.). Verstoß gegen § 4 dadurch, daß jemand für seinen Hausburschen einen Laden mietet, in dem dieser die Waren des Geschäftsherrn führt, aber unter eigenem Namen anpreist.

2. Weiß, UnlW. **10** 46. Inhaber des Betriebs ist der Unternehmer, derjenige, für dessen Rechnung und in dessen Namen der Betrieb geführt wird; Leiter (vgl. 47), Angestellter (48); ob die Dienste entgeltlich oder unentgeltlich geleistet werden, ist gleich. Wissen: § 4 Abs. 2

trifft nicht nur den Fall, daß der Inhaber bzw. Leiter des Betriebs von der Handlung des Angestellten oder Beauftragten vor deren Begehung Kenntnis hatte und sie nicht hinderte, vielmehr einfach geschehen ließ, sondern auch den Fall, daß der Inhaber oder Leiter von der Handlung erst in dem Zeitpunkte, der Begehung Kenntnis erlangt. Über die prinzipielle Bedeutung und Tragweite der Vorschrift s. 48 f.

3. Siegel erörtert UnlW. **9** 183 die Haftung des Prinzipals für Handlungen der Angestellten nach dem neuen Wettbewerbsgesetze.

§§ 7—9. 1. Fuld, R. **10** 428. Vor- und Nachschieben ist an sich bei Saison- und Inventurausverkäufen zulässig. Zweck der Inventur- und Saisonausverkäufe ist, die Räumung von Waren von verminderter Absatzfähigkeit in forcierter Form, um das Lager für neue, den Bedürfnissen des Konsums entsprechende Waren freizumachen. Neue Waren, die überhaupt noch niemals bei dem Veranstalter des Saisonausverkaufs sich befanden, sondern von ihm erst zu dem Zwecke erworben wurden, um sie mit den abgelagerten Waren mit zu verkaufen, können nicht Gegenstand des Saisonausverkaufs sein. Der Inventurausverkauf hat zur Voraussetzung eine Inventur. Gegenstand des Inventurausverkaufs sind die Bestände, die sich aus der Inventur ergeben; was nach der Errichtung derselben eingetroffen ist, scheidet von der auszuverkaufenden Masse aus.

2. Rosenthal, R. **10** 506, vertritt gegenüber Fuld ebenda 428 die Ansicht, daß während der Saison- und Inventurausverkäufe jeder Vorschub und jeder Nachschub gestattet sei; es dürfen auch vom Fabrikanten übernommene Warenposten und Bestände aus Liquidations- und Konkursmassen in den Saison- bzw. Inventurausverkauf mit hineingenommen werden.

3. *Rosenthal, MschutzuWettbew. **9** 217. Das Vor- und Nachschubverbot bezieht sich in keiner Weise auf die Saison- und Inventurausverkäufe. Die §§ 3 u. 4 UnlWG. sind hier nicht heranzuziehen; denn es liegen keine unrichtigen Angaben vor. Bei Saison- und Inventurausverkäufen ist jeglicher Vorschub und jeglicher Nachschub erlaubt; sogar können Warenposten, die vom Fabrikanten übernommen wurden, in den Saison- und Inventurausverkauf mit hineingenommen werden, desgleichen auch Bestände aus Liquidations- und Konkursmassen und ferner von Privatpersonen aufgekaufte Partien.

4. Finger, UnlW. **10** 45. Abs. 2. Nach § 9 findet § 7 Abs. 1 keine Anwendung auf die im ordentlichen Geschäftsverkehr üblichen Saison- und Inventurausverkäufe, aber diese Ausnahme ist nur eine scheinbare, denn gerade nach § 9 Abs. 2 müssen die Saison- und Inventurausverkäufe in der Ankündigung als solche bezeichnet werden, so daß also auch bei ihnen die Veranlassung, der Grund, eben die Beendigung der Saison oder die vollendete Inventur, anzugeben ist. — Räumungsverkauf ist Ausverkauf, ausgedrückt durch ein anderes Wort. Daselbst über Sommerverkauf, Sommerwaren-Räumungsverkauf u. dgl. 46.

5. Jacubowsky, UnlW. **9** 188. Bei Saison- und Inventurausverkäufen ist das Vor- und Nachschieben nicht unbegrenzt zulässig.

6. Feeß, Vorschläge für die Ausführungsbestimmung zu § 7 u. § 9 Abs. 2 UnlWG.

§ 12. 1. *Wehner, SächsRpflA. **10** 208. Die Strafbestimmungen des § 12 finden nur subsidiär gegenüber den Strafbestimmungen über Betrug, Untreue, Beamtenbestechung usw. Anwendung. Verf. sucht nachzuweisen, daß dieser im Kommentar von Rosenthal-Wehner zu § 12 Note 12 vertretenen Ansicht der Vorzug vor der Meinung Fingers gebührt (S. 159 Note 10 Abs. 2, 11, 12), daß Idealkonkurrenz zwischen den Bestimmungen des

§ 12 UnlWG. und den erwähnten übrigen Vorschriften vorliegen könne. Ferner weist Verf. darauf hin, daß die der Strafbestimmung des § 12 vom Gesetze zugewiesene Aushilfestellung aus gesetzestechnischen Gründen verfehlt erscheint.

2. Feisenberger, UnlW. 9 294, behandelt § 12 als Distanzdelikt.

§ 14. Isay, UnlW. 9 365. Die Behauptung der Patentverletzung fällt, wenn sie mit Gründen versehen wird, niemals unter § 14 — vgl. oben G. vom 27. Mai 1896 § 6 Ziff. 2 b.

§ 16. 1. HansGZ. 10 Beibl. 118, BankA. 9 367 (Hamburg). § 16 des geltenden Rechtes bestimmt, daß derjenige, der im geschäftlichen Verkehr die Firma eines gewerblichen Unternehmens in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden kann. Es ist daher nach dem neuen Gesetze lediglich zu prüfen, ob objektiv eine Verwechselungsmöglichkeit vorliegt, während das ältere Gesetz das weitere subjektive Erfordernis aufstellte, daß die Benutzung in der Berechnung erfolge, die Verwechselung herbeizuführen. Bei Anwendung des neuen Gesetzes werden gewisse Grenzen innezuhalten sein, die sich aus dem Zwecke des Gesetzes ergeben. Es darf nicht einem jeden, der befugterweise eine Firma führt, gestattet sein, einem anderen, der sich — vielleicht ebenso befugt — einer gleichlautenden Firma bedient, den Gebrauch dieser Firma zu untersagen, bloß weil die Möglichkeit besteht, daß beide miteinander verwechselt werden könnten. Es muß vielmehr, um die Klage zu begründen, wenigstens objektiv eine mißbräuchliche Benutzung einer fremden Firma vorliegen: ein Eindringen in die wohlerworbene Interessensphäre eines anderen. Dazu aber ist erforderlich, daß die Firma dessen, der den Schutz begehrt, in weiteren Kreisen bekannt und so in gewissem Sinne zu einem Eigennamen ihres Inhabers geworden ist, während die Firma des anderen einen ähnlichen Ruf nicht erworben hat. Denn das Gesetz will verhindern, daß der gute Ruf, den sich eine Firma durch eigene Kraft erworben hat, nicht zu ihrem Nachteile von einem anderen unbefugt ausgenutzt werde. Als Voraussetzung der Verwechselungsgefahr wird ferner — wie bisher — eine gewisse Gleichartigkeit, wenn auch nicht Gleichheit der Betriebe beider Unternehmungen gefordert werden müssen. Es wird weiter bei der Beurteilung der Verwechselungsmöglichkeit nicht darauf gesehen werden dürfen, wie besonders erfahrene und sorgfältige Geschäftsleute urteilen, sondern die durchschnittlich angewendete Sorgfalt der in Betracht kommenden Personen zugrunde gelegt werden müssen. Endlich wird auch unter dem neuen Gesetze das subjektive Verhalten des in Anspruch genommenen Benutzers der Firma eine wenn auch mittelbare Bedeutung behalten. Ist eine auf Verwechselung gerichtete Absicht auch nicht mehr Erfordernis des Anspruchs, so beweist das Vorhandensein einer solchen Absicht doch, daß der Benutzer selbst an die Verwechselungsmöglichkeit glaubte, gestattet daher den Rückschluß, daß eine solche Möglichkeit tatsächlich vorliegt.

2. UnlW. 9 396 (Frankfurt). Bei der Beurteilung der Frage, ob die Benutzung einer Firma geeignet ist, Verwechselungen mit einer anderen Firma herbeizuführen, ist nicht maßgebend, ob Verwechselungen bei genauer Prüfung und bei Anwendung besonderer Aufmerksamkeit ausgeschlossen erscheinen oder nicht. Vielmehr kommt es darauf an, ob solche Verwechselungen in den beteiligten Abnehmerkreisen bei der dort gewöhnlich beobachteten Sorgfalt zu erwarten sind, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Firmen dem Abnehmer, insbesondere der neuen Kundschaft, vielfach nicht in ihren handelsregistermäßigen Firmen gegenwärtig sind, sondern nur im allgemeinen dem Gesamteindrucke nach, im Auge und in der Erinnerung bleiben. Und schon, wenn der Gesamt-

eindruck zweier Firmen ein gleicher ist, muß die Verwechselungsgefahr als vorhanden anerkannt und § 16 beim Vorliegen seiner sonstigen Voraussetzungen zum Schutze des redlichen Verkehrs als anwendbar angesehen werden.

§ 18. 1. *Wehner, GewRschutz **10** 41 ff. und LeipzZ. **10** 443 ff. Gegenüber den Ausführungen Wertheimers, MschutzuWettbew. **9** 79 ff., daß der durch § 18 den Vorlagen und Vorschriften technischer Art gewährte Rechtsschutz erst dann ende, wenn der in dem „Anvertrauen" sich aussprechende Geheimhaltungszweck wegfalle und ein Gebrauch zu Wettbewerbszwecken gegenüber dem Anvertrauenden unmöglich sei, legt Verf. dar, daß die Dauer des Strafschutzes verschieden sei, je nachdem es sich um Vorlagen oder Vorschriften handelt, die innerhalb eines Vertragsverhältnisses oder außerhalb eines solchen anvertraut sind. Im ersten Falle läßt Verf. (in Übereinstimmung mit den Ausführungen in Rosenthal-Wehner zu § 18 Note 7 ff.) den Strafschutz mit dem Vertragsverhältnis enden, im zweiten bereits dann, wenn, objektiv betrachtet, das durch das Anvertrauen geschaffene Vertrauensverhältnis beendet ist und zwar ohne Rücksicht auf die fernere Möglichkeit eines Wettbewerbes.

2. Alsberg, LeipzZ. **10** 112. Die Worte „im geschäftlichen Verkehr anvertraut" müssen dahin aufgefaßt werden, daß der geschäftliche Verkehr Anlaß gab, die Vorlage oder Vorschrift zu übergeben und daß hierbei demjenigen, an den die Vorlage oder Vorschrift übergeben ist, durch die Umstände oder durch eine besondere Erklärung die Verwendung lediglich im Interesse des Übergebenden und entsprechend seiner Anweisungen zur Pflicht gemacht wurde. Verf. wendet sich gegen Rosenthal-Wehner, welche die Meinung vertreten, daß die unlautere Verwendung i. S. des § 18 nur so lange strafbar sei, als das Vertragsverhältnis zwischen dem Anvertrauenden und der Gegenpartei dauert.

3. Wertheimer, LeipzZ. **10** 724. Die Vorschriften der §§ 18 und 19 finden auf Angestellte keine Anwendung.

§ 24. Löwenstein, DJZ. **10** 470. Der § 24 regelt zwar die örtliche Zuständigkeit für „Klagen" ganz allgemein. Man wird indes die Vorschrift auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten beschränken müssen. (Ebenso Finger, Komm. § 27 Anm. 1).

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vorbemerkung: Der Bericht besteht diesmal im Gegensatze zum Aktienrechte fast ausschließlich aus den Ergebnissen der Rechtsprechung. Das RG. bewegt sich im allgemeinen in bewährten Bahnen. Von den Urteilen des RG. in der amtlichen Sammlung (**73** und **74**) betreffen zwei die Formvorschriften für Anteilsabtretung und -Übernahme bei Kapitalserhöhung. Das eine bejaht mit Recht die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 4 auch auf zukünftige Anteile einer zu errichtenden GmbH. Das andere beantwortet die wohl kaum zweifelhafte Frage, ob das notarielle Versammlungsprotokoll die Form des § 55 Abs. 1 ersetzt, verneinend (anders freilich das LG.). Zwei weitere Entscheidungen betreffen das Kartellrecht und die Möglichkeiten, von den Lieferungsverträgen und Nebenleistungen loszukommen. Das RG. tritt beide Male diesen Bestrebungen, solche Pflichten zu verselbständigen und die allgemeine bürgerlichrechtliche Lösungsfreiheit für gesellschaftliche Beziehungen in die GmbH. hineinzutragen, energisch entgegen. Der **73.** Band enthält zwei Urteile über die Tragweite mehrerer Vorschriften des GmbHG. für Dritte im Hinblick auf § 823 Abs. 2 BGB. Nach der ständigen aktienrechtlichen Praxis konnte die ablehnende Haltung des RG. nicht zweifelhaft sein. Das Verhältnis des Gläubigeranfechtungsrechts zum Verbote der Vermögensrückgewähr (§ 30 GmbHG.) ist entsprechend

der auch anderwärts zutage getretenen einschränkenden Rechtsprechung des RG. in diesem Sinne vom höchsten Gericht erörtert und behandelt. In der Richtung der bisherigen Praxis bewegt sich auch ein Urteil über die Stimmberechtigung eines Gesellschafters bei seiner Wahl und der Regelung seiner Bezüge als Geschäftsführer. Endlich ist noch ein stempelrechtliches Urteil über die Umwandelung einer oHG. in eine GmbH. von allgemeinerem Interesse. — Das Kammergericht hatte zu Fragen der GmbH.-Firma, des Stimmrechtsausschlusses — hier hat es sich unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung der eben erwähnten des RG. angeschlossen — und zu den verschiedenen Formvorschriften (Übernahmen bei Kapitalserhöhungen) Stellung zu nehmen; der KGJ. **38** A 175 abgedruckte Beschluß (Übernahme durch öffentliche Verbände) ist über das GmbH.-Recht hinaus für die Praxis unserer Behörden im allgemeinen von größtem Interesse und sei hier besonderer Beachtung empfohlen. Starkes Interesse fand im Berichtsjahre das Prüfungsrecht des Registerrichters (§§ 39, 54, 57), das ja namentlich für das verwandte Genossenschaftsrecht zu gleicher Zeit von den Beteiligten heiß umstritten wird. Endlich mag noch auf den außerordentlich lehrreichen Beschluß KGJ. **39** A 117 über das Verhältnis von Gesellschaftssitz und Betriebs-(Handels-)Niederlassung, Sitz- und Betriebsverlegung zur Begründung einer Zweigniederlassung hier vorab verwiesen werden.

Literatur: Merzbacher, RG. betr. die GmbH. München 1910 (Beck). — Bonschab, RG. betr. d. Erwerbs- u. Wirtschaftsgenossenschaften (2). — Bett, Der Handel in Anteilen der Gesellschaften mbH., BankA. **10** 143. Fackenheim s. zu § 15. — Gesetzgebung: GmbHG. v. 6. 3. 06 in Österreich. Österreichische Ministerialverordnungen hierzu vgl. GoldschmidtsZ. **67** 202.

Allgemeine Bemerkungen.

1. Heinitz, Zur Entwickelung der Gesellschaften mbH., DJZ. **09** 177. Nach einer statistischen Übersicht wird die Stellung der Praxis zu den §§ 24, 7, 8 besprochen und auf die Anerkennung des Fortbestandes der GmbH. nach Vereinigung der Anteile in einer Hand hingewiesen, namentlich die Benützung dieser Praxis für Immobiliengesellschaften aus Steuer- und Stempelrücksichten.

2. Liebmann, Die Reform der Gesellschaften mbH., DJZ. **10** 675. Die Ausfälle der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse sind nicht größer als bei anderen Gesellschaftsformen. Von Einzelfragen werden folgende erörtert: Kann der G. die Beibehaltung eines Gesellschafters zugemutet werden, der seinen Beitritt durch Betrug erlangt oder eine unzureichende Sacheinlage geleistet hat? Es bedarf nicht des Umwegs der zwangsweisen Amortisation. Für Heilung formeller Nichtigkeit durch Eintragung jedenfalls bei Nachholung der Form und durch Zeitablauf. Gegen Revision des Gründungsherganges. Gegen die Ausdehnung der Haftung aller Gesellschafter, falls die Einlage eines anderen Gesellschafters nicht voll belegt ist. Schutzmaßregeln gegen die Überwertung der Sacheinlage, ausgehend von ihrer Unterscheidung in solche mit Verkehrswert und solche mit Bewertung nach subjektivem Ermessen: hinsichtlich der ersteren genügt § 24, hinsichtlich der zweiten (Versuchsunternehmungen, z. B. Patente usw.) Haftung der Gründer für phantastische Bewertung. Für den §§ 207, 208 HGB. analoge Bestimmungen. Bedenklich ist der Mindestbarbetrag von 5000 M. (§§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 2). Gegen die Beseitigung der Übertragungsformen und Beschränkung der Anteilscheine auf ganze Geschäftsanteile. Gegen obligatorischen Aufsichtsrat. Stärkung der Minoritätsrechte. Gegen Abkürzbarkeit des Firmenzusatzes „mbH.". Gegen Bilanzveröffentlichung, aber für Niederlegung beim Register, ebenso für die des Beschlusses der bei Verlust des halben Stammkapitals einzuberufenden Generalversammlung. Zu § 58 Ziff. 3: Keine Aufschiebung der Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses. Für sofortige Nachricht vom Gesellschafterwechsel zum Register statt § 41.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 1. Gesetzlich zulässiger Zweck. a) Religionsgesellschaft in GmbH.-Form. KGJ. **39 A** 300, RJA. **10** 181, BauersZ. **18** 17, ZBlFG. **11** 94 (Jena). Ein Brüderrat einer landeskirchlichen Gemeinschaft, dessen Unternehmen zum Gegenstande hat die „Belebung und Pflege der christlichen Mission im Sinne der landeskirchlichen Gemeinschaft mit allen darauf bezüglichen Geschäften und Maßnahmen, insbesondere Erwerb, Bebauung, Erhaltung, Ausnützung eines diesen Zwecken dienenden Grundstücks in der Stadt G.", ist eine geistliche Gesellschaft im Sinne von § 11 AGBGB. für Reuß j. L. (Art. 84 EGBGB.) und daher als GmbH. nicht eintragungsfähig, weil nur durch landesherrliche Verleihung die Rechtsfähigkeit erhalten werden kann. — Vgl. für Preußen RJA. **6** 48 wegen einer nichtlandeskirchlichen freien evangelischen Gemeinschaft (nicht eintragungsfähig) und dagegen JDR. **7** und **8** zu § 1 wegen eines Brüdervereins. **b)** Verstoß gegen die guten Sitten? Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit. α. **RG.** DJZ. **10** 202. Gründung einer GmbH. zwecks Verwertung eines Heilmittels und Abschluß eines Lieferungs- und Alleinverkaufsvertrags über das Mittel auf unbestimmte Zeit: dieser ist nicht ungültig (§ 138 BGB.) wegen unzulässiger Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit, weil die Beziehung zur Lieferantin eine wesentliche Grundlage des Geschäftszwecks der GmbH. gebildet hat, daher enthält eine solche Bindung, die unter Umständen nur durch Auflösung der GmbH. zu beseitigen ist, keinen Verstoß gegen die guten Sitten. β. **RG. 73** 429, JW. **10** 762 Nr. 34. Als Ersatz für das ausgeschlossene Kündigungsrecht sind die Veräußerlichkeit und Zugriffsfähigkeit der Geschäftsanteile gewährt und in §§ 60, 61 besondere Auflösungsgründe aufgestellt: daher keine Nichtigkeit eines Gesellschafts-(Kartell-)Vertrags wegen übermäßiger Freiheitsbeschränkung und Verstoß gegen die guten Sitten. γ. Ebenso BauersZ. **17** 232 das zugehörige Urteil des OLG. Stuttgart.

§ 2. Der Gesellschaftsvertrag. Materielles Gründungsrecht. 1. Rechtsverhältnisse bei nicht zustande gekommenen Gründungen. a) Bei Todesfall. LeipzZ. **10** 872, BauersZ. **18** 63 (Bamberg). Keine Pflicht der Erben, eine von ihrem Erblasser begonnene Gründung fortzusetzen, wenn die Eintragung des von ihm abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags nach §§ 3, 75, 76 abgelehnt war. Insbesondere wird in dem mangelhaften Vertrage kein verpflichtender Vorvertrag gesehen. Es gilt daher § 727 BGB. für die vor der Eintragung bestehende bürgerlich-rechtliche Gesellschaft. **b)** Bei Zurückziehung der Beteiligung. **RG.** BauersZ. **18** 86. Rückforderung einer Einzahlung auf den übernommenen Stammanteil, wenn der Übernehmende nach Ablehnung der Registereintragung seine Beteiligung zurückzieht, und die übrigen Beteiligten eine neue GmbH. aus den früheren Einlagen gründen: das Bestehen eines Anspruchs gegen die neue GmbH. ist bejaht (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Einlagen der an der ersten Gründungsgesellschaft (§§ 705 ff. BGB.) Beteiligten wurden Gesellschaftsvermögen (§ 718 BGB.). Nach dem Ausscheiden des Klägers ging das Vermögen nicht auf die übrigen und dann auf die GmbH. über. Der Kläger wollte jedenfalls nicht Teilhaber des zusammengebrachten Vermögens bleiben: er wollte so ausscheiden, wie wenn er an der Gründung von vornherein nicht teilgenommen hätte, habe auf das zusammengebrachte Vermögen keinen Anspruch erhoben, habe dann aber die diesem Vermögen zugeflossene Einzahlung als eine ohne Rechtsgrund den übrigen Beteiligten erwachsene Bereicherung zurückzuerhalten. Ließen die anderen dies gelten, so ist der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die GmbH. begründet: Wegfall des rechtlichen Grundes (Vertrag). Der Übergang des um die Leistung des Klägers bereicherten Vermögens an die beklagte GmbH. vollzog sich ohne dazwischenliegenden Akt der Veräußerung.

Hinsichtlich der Regelung des Verhältnisses zum Kläger wurden die sich daraus für die Gründer ergebenden Rechte und Pflichten Gesellschafterrechte und -pflichten der neuen Gründergesellschaft, und nach Eintragung der GmbH. fand keine Übertragung auf einen anderen Rechtsträger statt, nur die Rechtsform erfuhr eine Umbildung (**RG. 58** 55, JW. **00** 414).

2. Gründungsvollmacht. Fischer, Kann ein Bevollmächtigter auf Grund einer Generalvollmacht seinen Machtgeber bei Unterzeichnung eines Vertrags, welcher die Errichtung einer GmbH. zum Gegenstande hat, vertreten? Bay. NotZ. **11** 157. Die Frage wird grundsätzlich gegen Liebmann und Birkenbiehl bejaht.

§ 3. Zwingender Vertragsinhalt. I. Ziff. 1. Sitz. Unterschied vom Postbezirke. **a)** BauersZ. **18** 88 (Hamburg). Die Angabe des Postbezirkes (Hamburg) einer GmbH., die in Altona ihren Sitz hat, auf ihren Briefbogen ist nicht geeignet, einen besonderen Gerichtsstand (§ 38 ZPO.) zu begründen. **b)** S. §§ 12, 53, 54 über Sitzveränderungen.

II. Abs. 2. Nebenleistungen. 1. Verhältnis zum Gesellschaftsvertrage; Beseitigung der Pflicht. **a)** **RG. 73** 429, JW. **10** 762 Nr. 34, LeipzZ. **10** 688 Nr. 29, BauersZ. **18** 41. Im Streitfall ist eine solche Verpflichtung im Gesellschaftsvertrag übernommen und als ein Teil der Mitgliederpflichten und -rechte bezeichnet. Daher macht es für ihren rechtlichen Charakter nichts aus, ob man diese Verpflichtungen als Haupt- oder als Nebenverpflichtungen bezeichnet. Sie bleiben dem Gesellschaftsrecht unterworfen, bilden einen einheitlichen Vertrag zusammen mit dem Gesellschaftsvertrag und können daher bei der hier gegebenen Sachlage nicht als selbständige Verträge behandelt werden, wie sie ein Dritter mit der Gesellschaft in Form eines Lieferungsvertrags einzugehen vermöchte: keine selbständige Kündbarkeit nach den §§ 39, 723 BGB. Es ist nicht richtig, daß hier nur die Verpflichtung der Gesellschafter zu anderen Leistungen als Kapitaleinlagen den Syndikatsvertrag bildet. Der Vertrag über Gründung der G. und der Lieferungsvertrag bilden zusammen den Syndikatsvertrag. Dieses Gesellschaftsrecht, dem das ganze Rechtsverhältnis unterliegt, schließt aber eine Kündigung auch derjenigen Verpflichtungen aus, von denen § 3 Abs. 2 spricht. **RG. 70** 286 steht nicht entgegen. **b)** **RG. 74** 33. Keine Kündbarkeit eines Lieferungsvertrags mit einem Syndikat (GmbH.) nach § 723 BGB. wegen vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Vertragsverletzung: Der Lieferungsvertrag ist nicht als selbständige Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§ 705 BGB.) anzusehen, wenn schon im GmbH. Vertrage diejenige Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten vereinbart ist, die den Syndikatsmitgliedern zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes erforderlich erschien, während in dem zweiten, mit dem neuen Rechtssubjekte geschlossenen Vertrage nur das Lieferungsverhältnis geordnet wurde. In diesem zweiten Vertrage standen sich nicht mehr die einzelnen Mitglieder des Syndikats als Vertragsparteien gegenüber, die einzelnen haben sich nur der GmbH. verpflichtet. Auch das zwischen der GmbH. einerseits und dem einzelnen Syndikatsmitglied oder der Syndikatsmitglieder andererseits Vereinbarte ist keine Gesellschaft des BGB. **c)** OLG. **22** 12 (Rostock). Kartoffellieferungspflicht: keine Befreiung von der Pflicht durch Austritt, keine Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung. wenn die Pflicht allen Gesellschaftern obliegt und einen wesentlichen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags bildet. Unmöglichkeit nachträglicher Erfüllung der in den einzelnen Geschäftsjahren zu erfüllenden Pflicht, sondern nur Schadensersatzpflicht. Beginn der Verjährung. **d)** BauersZ. **18** 84. Die Befreiung eines Gesellschafters von einer Nebenleistung durch den Geschäftsfüher ist zulässig. Hergeleitet aus dessen Vertretungsbefugnis, sowie aus der Stellung des verpflichteten Gesellschafters als Dritter gegenüber der Gesellschaft.

2. Anteilsabtretungspflichten als Nebenleistungen s. § 15 unter B 1.

3. Steuerrechtliches. Geschäftsführung als Gesellschaftspflicht. BauersZ. **17** 256 (PrOVG.). Keine Einkommenssteuerfreiheit der GmbH., falls Gesellschafter und Geschäftsführer nicht identisch sind. Abzugsfähigkeit der Bezüge der zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter als „Werbungskosten" hängt davon ab, ob diese Gesellschafter die Tätigkeit als Geschäftsführer ausüben auf Grund eines mit der Gesellschaft abgeschlossenen Dienstvertrags oder infolge einer besonderen, gemäß § 3 Abs. 2 außer der Leistung einer Kapitalieneinlage in dem Gesellschaftsvertrag übernommenen gesellschaftlichen Verpflichtung. Liegt Dienstvertrag vor, so stehen sie der Gesellschaft als Dritte gegenüber, ihre Bezüge sind Betriebsausgaben, sonst üben sie ihre Tätigkeit als Gesellschafter aus, ihre Bezüge sind Reinertragsteile. Nicht entscheidend für eine rein gesellschaftliche Verpflichtung ist die Bestellung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrage. Gegen einen Dienstvertrag der beiden Geschäftsführer und zugleich einzigen Gesellschafter spricht, daß der ganze, nach Abzug aller Geschäftsspesen, Kapitalzinsen und Verluste sich ergebende Reingewinn aus dem Unternehmen den beiden Geschäftsführern für ihre Tätigkeit je zur Hälfte zugewiesen ist. Diese Gewinnverteilungsabrede kann nicht anders als eine den § 29 Abs. 2 GmbHG. abändernde Vereinbarung über den Maßstab der Reingewinnverteilung unter die Gesellschafter aufgefaßt werden, wenn sie auch besagt, daß die Zahlung an die als Geschäftsführer bestellten zeitigen Gesellschafter erfolgen soll; anderenfalls läge gar kein Gewerbebetrieb wegen Gewinnverzichts vor. — Vgl. JDR. **8** zu § 3 Abs. 2.

§ 4. Firma. 1. Namenfirma. KGJ. **39** A 114. Nicht notwendig, daß dem (Familien-) Namen des Gesellschafters ein ausgeschriebener Vorname oder ein anderer Zusatz hinzugefügt wird, aus dem sich ergibt, daß dieser Gesellschafter männlichen oder weiblichen Geschlechts ist. (Berücksichtigt der Gesichtspunkt möglicher Täuschung des Publikums: die Kreditwürdigkeit der GmbH. beruht auf ihrem selbständigen Stammkapitale; keine Verletzung der Firmenwahrheit; § 18 HGB.).

2. Abs. 2. Der Zusatz. Abkürzung. a) Für die Zulässigkeit. RJA. **10** 184, KGJ. **39** A 302, BauersZ. **17** 230, ZBlFG. **11** 95, LeipzZ. **10** 83 (Hamburg) wie JDR. **8** § 4 unter II b. Vgl. auch KG. in DJZ. **09** 1212 für Gültigkeit einer Wechseladresse und -unterschrift mit Abkürzung. b) Vgl. **RG.** LeipzZ. **10** 83 Nr. 3 zu § 28 FGG. Die Zulässigkeitsfrage wird aber nicht entschieden.

§ 5. Sacheinlagen. Einlagegegenstand (neu geschaffene Forderungen), Bezeichnung und Einlagewert: KGJ. **38** A 161, BauersZ. **17** 133, RJA. **10** 125, JDR. **8** zu § 5 unter I 2, 3 und II.

§ 7. Abs. 2. Einzahlungen auf das Stammkapital; Unzulässigkeit ungleichmäßiger: s. § 19.

§ 8. I. Abs. 2. Die Versicherung. 1. Form. KGJ. **38** A 161, OLG. **22** 25, RJA. **10** 125, JDR. **8** unter II 1.

2. Inhalt. Freie Verfügungsbefugnis. a) **RG.** LeipzZ. **10** 397 Nr. 24. Die Versicherung setzt nicht voraus, daß der Geschäftsführer berechtigt ist, als sogen. mittelbarer Vertreter über den Betrag zu verfügen, also ein in eigenem Namen, wenn auch im Interesse eines anderen auszuübendes Verfügungsrecht hat, noch weniger, daß ihm dieses Recht als unentziehbares eingeräumt ist. Die Versicherung hat den Inhalt, daß er namens der G. frei verfügen könne (ebenso Staub-Hachenburg (3) Anm. 24 § 7). b) KGJ. **38** A 161, OLG. **22** 25, RJA. **10** 125, JDR. **8** unter II 2.

3. Umfang der Versicherungspflicht. a) **RG.** (Straff.) **43** 323, ZAktWes. **10** 221. Strafbar sind auch unwahre Angaben über die Bareinzahlung,

auch wenn der Geschäftsführer zur Angabe nicht verpflichtet ist. b) **RG.** (Straff.) DJZ. **09** 436. Unerheblich für die Strafbarkeit der falschen Versicherung über die Einzahlung ist, daß die vorgeschriebenen Einzahlungen später von den Beteiligten nachgeholt sind. c) **RG.** (Straff.) **43** 250, ZAktWes. **10** 127, BauersZ. **17** 274, R. **10** Nr. 3139. Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 bezieht sich auch auf Sacheinlagen. Vgl. JDR. **8** unter II 3, **7** unter c.

II. Zeichnung der Unterschrift der Geschäftsführer. Marcus, HoldheimsMSchr. **10** 115, verneint, daß die Unterschrift den Vornamen erfordere (vgl. RJA. **10** 126).

§ 11. Die GmbH. vor der Eintragung. I. Vorheriger Beginn des Geschäftsjahrs. KGJ. **38** A 171. Als Beginn des ersten Geschäftsjahrs darf im Gesellschaftsvertrag ein Tag angegeben werden, der vor der Eintragung in das Handelsregister liegt.

II. Abs. 2. Persönliche Haftung. BauersZ. **17** 279, SeuffA. **65** Nr. 178, R. **10** Nr. 3095 (Dresden). Wenn die Gründer mit einem Geschäftsinhaber unter Klarlegung der Verhältnisse über die für eine zu gründende GmbH. nötigen Maschinen oder sonstigen Gebrauchsgegenstände verhandeln und mit ihm einig werden, daß sie zu bestimmten Preisen von ihm alsbald und ohne vorheriges Abwarten des Inslebentretens der Gesellschaft zu liefern seien, so kann das zunächst nicht anders als ein Handeln im Namen der GmbH. verstanden werden, falls nicht etwa die Gründer als Besteller in eigenem Namen auftreten. Gleichgültig für Abs. 2 ist das Maß der Schritte, die bereits zur Herbeiführung des Inslebentretens der G. getan sind, insbesondere, ob eine Einigung über die Firma oder selbst eine feste Bindung der Gründer noch nicht vorgelegen hat. Es werden nicht nur Handlungen getroffen, die zwischen der mit bindender Abschließung des Gesellschaftsvertrags bewirkten Errichtung und der Eintragung der G. vorgenommen werden. Daran ändert nichts die nachträgliche Umschreibung der Rechnung durch die Verkäuferin auf die GmbH.: keine Entlassung der Handelnden.

III. Österr. R. (§ 2 G.). ÖstZBl. **10** 755. Rechtswirksamkeit der von den Vorstandsmitgliedern einer noch nicht registrierten GmbH. in deren Namen geschlossenen Verträge bejaht. Durch die Eintragung bedingter Vertrag. Die Genehmigung der entstandenen G. liegt in der Klage aus dem Vertrage. Die als Vertreter Handelnden sind Geschäftsführer ohne Auftrag (vgl. JDR. **8** unter III).

§ 12. Zweigniederlassung. 1. Verhältnis zur Betriebs- und Sitzverlegung. KGJ. **39** A 117, RJA. **10** 247, ZBlFG. **11** 46, R. **10** Nr. 1828 (KG.). Die Verlegung des Geschäftsbetriebs vom statutarischen Sitze an einen dritten, wenn auch im Bezirke desselben Registergerichts gelegenen Ort ist als Zweigniederlassung anzumelden, sofern nicht von der Versammlung der Gesellschafter die Verlegung des Sitzes beschlossen und dadurch die Betriebsstelle zur Hauptniederlassung wird (Berlin und Schöneberg). Der Gebrauch der Bezeichnung „Berlin" als Sammelname muß hier außer Betracht bleiben. — Geschäftsstellen an einem anderen Orte als dem Sitze der Hauptniederlassung haben niemals die rechtliche Stellung der Hauptniederlassung, auch wenn an dem im Gesellschaftsvertrag als Sitz bestimmten Orte ein Geschäftsbetrieb überhaupt nicht ausgeübt wird. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, daß von der Eintragung einer Zweigniederlassung abzusehen sei, wenn dadurch im Publikum eine irrige Anschauung über die Einrichtung der Hauptniederlassung hervorgerufen werden könnte. Art der Eintragung bei Identität des Registergerichts: das Bestehen der Zweigniederlassung wird genügend ersichtlich gemacht, wenn ihr Ort bei dem Hauptregister angemeldet und ihre Existenz lediglich in Spalte 2 des Hauptregisters vermerkt wird. Die Anlegung eines besonderen Zweigregisters ist daher entbehrlich.

2. Firma. BauersZ. 18 91 (Dresden). Die Firma der Zweigniederlassung ist die gleiche, wie die der Hauptniederlassung. Keine Beifügung des Namens eines Gesellschafters.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13. Die GmbH. als juristische Person im öffentlichen Rechte. BauersZ. **17** 258 (PrOVG.). GmbH. als juristische Person im Gewerbesteuerrecht anerkannt im Gegensatze zu OVG. **30** 1 hinsichtlich der Wahlberechtigung (§ 8 StädteO.). Haftung des Geschäftsführers für die Steuer (§ 19 GewStG.), aber keine Heranziehung. (Veranlagung: unanwendbar §§ 69 ff. KommAbgG., vielmehr Rechtsbehelf des Geschäftsführers nur nach VVerwZwV. v. 15. November 1899).

§ 15. Anteilsveräußerung. I. Abs. 1. Veräußerlichkeit. **a**) SchlHolstAnz. **10** 20 (Kiel). Die Vorschrift ist nicht zwingender Natur. Der Gesellschaftsvertrag kann darüber Bestimmungen treffen, wie bei einem Erbfalle mit dem betreffenden Geschäftsanteile verfahren werden soll, insbesondere dahin, daß die Erben eines Gesellschafters verpflichtet sind, unentgeltlich an eine von den Gesellschaftern gewählte Persönlichkeit den Anteil abzutreten. **b**) Fackenheim, Das vertragliche Pfandrecht am Geschäftsanteil einer GmbH. (Halle), erörtert die Rechtsfolgen der Verpfändung nach verschiedenen Richtungen.

II. Form der Abtretung und Abtretungsverpflichtung. A. Belehrungspflicht des Notars? KGBl. **10** 55, BauersZ. **17** 255 (KG.). Keine Belehrungspflicht des Notars über das Erfordernis notarieller Annahme der Abtretungserklärung, wenn der Abtretende Kaufmann und GmbHGesellschafter ist und der Notar nur als Beamter, nicht als Rechtsberater tätig geworden ist.

B. Formbedürftige Geschäftsgruppen. 1. Abtretungspflicht an Dritte gegenüber der GmbH. **a**) KGJ. **38** A 171, RJA. **10** 132, OLG. **22** 29, BauersZ. **17** 137 und 181. Gültigkeit einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, durch welche die Gesellschafter sowie ihre Rechtsnachfolger verpflichtet werden, auf Verlangen der Gesellschaft ihren Geschäftsanteil einem Dritten zu übertragen, bejaht. Es handelt sich um eine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber den Gesellschaftern, die nicht die Leistung von Kapitaleinlagen zum Gegenstande hat. Durch Aufnahme der Verpflichtung zur Abtretung und für weitere, von der Gesellschaft verlangte Abtretung zu sorgen, in den Gesellschaftsvertrag ist der Form des Abs. 4 § 15 genügt. **b**) KGBl. **10** 21, BauersZ. **17** 155 (KG.). Ungültigkeit einer Vereinbarung des Übernehmers einer Stammeinlage bei Kapitalserhöhung mit der Gesellschaft, den Anteil gegen Rückzahlung der Teil-Barzahlung zur Verfügung an einen neuen Gesellschafter zu stellen, oder wenn die Abtretung an ihn nicht gelingt, den Anteil an einen Treuhänder der Gesellschaft abzutreten. Hierin liegt eine formbedürftige Abtretungsverpflichtung; event. liegt ein Verstoß gegen § 33 Abs. 1 vor. Anfechtung der Übernahme wegen Betrugs ist unzulässig, ebenso sind Schadensersatzansprüche nicht gegeben. Die Erhöhung ist bereits eingetragen.

2. Zukünftige Anteile. **a**) **RG. 74** 357. Die Formvorschrift trifft auch dann zu, wenn durch eine Vereinbarung die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines zukünftigen Geschäftsanteils einer erst zu errichtenden GmbH. begründet werden soll. **b**) Vgl. JDR. **8** unter I A 2.

3. Übernahmepflicht. **RG.** LeipzZ. **10** 931 Nr. 33. Auch ein Abkommen, das die Verpflichtung zur Übernahme von Geschäftsanteilen einer zu gründenden GmbH. an Zahlungsstatt enthält, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form, auch wenn nur eine Erwerbs-, keine Übertragungsverpflichtung vorliegt.

4. Einräumung einer Abtretungsbefugnis an Zahlungsstatt. **RG.** BauersZ. **17** 231, WarnE. **3** 226, R. **10** Nr. 2084/5. Formbedürftig-

keit einer Vereinbarung über Einräumung der Befugnis, Geschäftsanteile an einen anderen zur Tilgung von dessen Darlehnsforderung an Zahlungsstatt abzutreten (facultas alternativa).

C. Rechtsfolgen des Formmangels. BauersZ. 18 12 (Naumburg). Verneint wird in einem dem JDR. 8 § 15 I D 5 mitgeteilten Tatbestand entsprechenden Falle auch die Gehalts-Schadensersatzansprüche des Geschäftsführers.

III. Vinkulierte Anteile (Abs. 5). 1. Form der Genehmigung. **RG.** ZAktWes. **10** 191. Eine Anteilsübertragung ist, wenn die statutarisch erforderliche Genehmigung der GmbH. nicht in der im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen schriftlichen Form erteilt ist, nicht unbedingt nichtig. Welche Tragweite der Genehmigungsklausel insoweit beiwohnen soll, ist Sache der Vertragschließenden (Schriftlichkeit als Bedingung der Gültigkeit oder instruktioneller Natur im Interesse der Beweissicherung). ➛ Zweifelhaft Staub-Hachenburg Anm. 53 § 15. Red. ⟵

2. Zwangsvollstreckung (Anfechtungsrecht). **RG.** BauersZ. **17** 85. RG. bejaht — wie früher JDR. 8 § 15 unter II 2 — die Pfändbarkeit vinkulierter Anteile (Anfechtungsklage gemäß § 3 Ziff. 1 AnfG. wegen Übernahme einer Stammeinlage auf einen vinkulierten Anteil).

§ 16. Abs. 3. Haftung des Erwerbers. KGJ. **38** A 171, RJA. **10** 132, OLG. **22** 29. Für alle nicht rückständigen Leistungen haftet der Erwerber allein, es gehen also alle Verpflichtungen kraft Gesetzes über, die der Gesellschaft gegenüber auf dem Geschäftsanteile lasten oder mit der Gesellschaftereigenschaft verbunden sind, so auch die statutarische Verpflichtung des Veräußerers, für weitere Abtretung des Geschäftsanteils auf Verlangen der GmbH. zu sorgen, daher ist § 15 Abs. 4 unanwendbar.

§ 17. Veräußerung von Anteilsteilen; Genehmigung. 1. Allgemeine statutarische. BauersZ. **17** 180. Die im Gesellschaftsvertrag allgemein erteilte Erlaubnis zur Teilung oder Veräußerung von Anteilsteilen ist zwar nach § 17 ohne Rechtswirksamkeit, kann aber dahin gedeutet werden, daß sich bei Veräußerung von Teilen eines Anteils die Genehmigung der Gesellschafter erübrigt.

2. Stillschweigende. **RG.** JW. **10** 843 Nr. 85, BauersZ. **18** 39, WarnE. **3** 333, R. **10** Nr. 3097/8. Im Anschluß an **RG. 64** 149 wird unter Anwendung der §§ 182 ff. BGB. in der Einreichung der Mitgliederliste durch die Geschäftsführer zum Handelsregister eine wirksame Genehmigung des Abtretungsakts gesehen, wenn die Liste dem einen oder anderen der Vertragschließenden mitgeteilt oder vorgelegt ist oder sie von der Liste Kenntnis genommen haben (§ 9 HGB.).

3. Zuständigkeit des Geschäftsführers; § 181 BGB. BauersZ. **17** 177. Es liegt keine Verletzung des § 181 BGB. vor, wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter die Genehmigung zur Anteilsteilsveräußerung sich selbst erteilt. Kein Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses (dagegen Staub-Hachenburg [3] Anm. 20 § 17).

4. Folgen der Nichtgenehmigung. **RG.** LeipzZ. **10** 296 Nr. 36, BauersZ. **17** 155, R. **10** Nr. 1003. Rücktrittsrecht bei Nichtgenehmigung der Teilabtretung nach § 326 BGB. (vgl. JDR. 8 Ziff. 1). Die Abtretung hat vor erteilter Genehmigung zwar keine dingliche, wohl aber obligatorische Wirkung. Bereicherungsklage bei nachträglich während des Prozesses erfolgter Genehmigung versagt. Genehmigung „soweit sie gesetzlich zulässig ist" ist keine bedingte Genehmigung und daher wirksam.

§ 19. Einzahlungen auf die Stammeinlagen. 1. Maßstab. a) Bondi, Kann der Gesellschaftsvertrag einer GmbH. über die Verpflichtung zur Einzahlung auf die Stammeinlage andere Bestimmungen treffen, als im § 19

Abs. 1 GmbHG. vorgesehen ist? ZBlFG. **10** 524 f. Den Gründern einer GmbH. ist es unbenommen, vom § 19 Abs. 1 GmbHG. abweichende Bestimmungen zu treffen, wenn nur die Bareinzahlung eines jeden mit einer Geldeinlage beteiligten Gesellschafters den im § 7 Abs. 2 vorgeschriebenen Mindestbetrag umfaßt. **b**) BauersZ. **17** 157 (LG. Dresden). § 19 Abs. 1 bezieht sich nicht nur auf die Geldeinlageverpflichtungen, die nach der Entstehung der G. noch entstehen (später ausgeschrieben werden). Zwingende Natur der Vorschrift. Daher Ungültigkeit der Vorschrift ungleichmäßiger Einzahlungen der Gesellschafter auf die Bareinlagen.

2. Stundung. BauersZ. **18** 38. Ist die Wiederaufhebung der Fälligkeit der im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Einzahlungen in Anbetracht der Einlagen nur im Wege der Satzungsänderung möglich und haben die Einzahlungspflichtigen bei der Beschlußfassung hierüber das Stimmrecht? Die erste Frage wird verneint, die zweite bejaht. ➛ Vgl. hierzu Anm. 13 § 19 Staub-Hachenburg (?); hinsichtlich des Stimmrechts Anm. 15 § 46 wie hier, aber mit Vorbehalt. Red. ⟵

3. Nichtgeldleistungen auf die Stammeinlage. OLG. **22** 13 (Rostock). Keine Befreiung durch Hypothekenabtretung statt Barzahlung der Stammeinlage. Rückforderung der Hypothek (Bereicherung): bei Unmöglichkeit der Rückgewähr keine Aufrechnung mit dem Ersatzgeldanspruch, ist sie möglich, keine Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.).

§ 21. Ausschlußverfahren. 1. Erneute Aufforderung. **a**) OLG. **19** 371 (KG.). Das Ausschließungsverfahren ist ungültig, wenn der Gesellschafter nicht vor der Androhung und Nachfristsetzung zur Einzahlung aufgefordert ist. **b**) OLG. **19** 370, R. **10** Nr. 411 (KG.). Die Androhung und Setzung einer Nachfrist darf nicht schon mit der satzungsmäßigen Einforderung verbunden werden. **c**) BauersZ. **17** 111. Solange der Gesellschafter nicht eine erste Zahlungsaufforderung erhielt, kann man nicht von einer verzögerten Einzahlung und Säumigkeit sprechen. Keine Verbindung der ersten mit der erneuten Aufforderung.

2. Nachfrist. **a**) OLG. **19** 369 BauersZ. **17** 110, (Köln). Ungenügend ist Aufforderung zu „prompter" (d. h. sofortiger) Zahlung und allgemeine Bezugnahme auf die §§ 20, 21 GmbHG., sowie die Bezugnahme hierauf nur in der Androhung, nicht in der Aufforderung. **b**) OLG. **22** 15 (München). Keine Unwirksamkeit, wenn eine Nachfrist von vier Wochen statt von einem Monate gesetzt ist, und weit über die gesetzliche Frist mit der Kaduzierung gewartet ist. Geringere Verstöße ohne Einfluß auf die Sachlage schaden nichts. Analogie mit § 326 BGB. (**RG. 27** 51, **9** 44).

3. Rechtsfolgen der Ausschließung. BauersZ. **18** 64. Die Kaduzierung vernichtet die durch die Verpfändung oder Zwangsvollstreckung erlangten Rechte. Abwendung durch Zahlung des Einlagerückstandes seitens des Gläubigers.

§ 23. Verkauf des ausgeschlossenen Anteils. OLG. **22** 15 (München). Keine Anwendbarkeit der Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines neugebildeten Geschäftsanteils (vgl. **RG. 54** 394).

§ 24. Ausfallshaftung der Gesellschafter. 1. Bei Kapitalserhöhung. BauersZ. **17** 87. Haftung des Anfangsgesellschafters für diejenigen Ausfälle am Stammkapitale, die durch Nichtleistung auf bei Kapitalserhöhung übernommene Anteile eintraten: bejaht, falls er dem Antrag auf Kapitalsvermehrung zugestimmt hat.

2. Ausschluß als Voraussetzung der Haftung? OLG. **19** 368, BauersZ. **17** 112 (KG.). Die Ausschlußerklärung, die für den Verkauf des Geschäftsanteils eines säumigen Gesellschafters (§ 23) und die Haftung der Rechtsvorgänger (§ 22) erforderlich ist, ist nicht auch für die Haftung der übrigen Gesellschafter erforderlich. Es genügt, daß die in den §§ 21—23 bezeichneten Mittel von Anfang an als aussichtslos betrachtet werden müßten. ➛ Dagegen wohl Staub-Hachenburg (3) § 24 Anm. 2, 4 (6?). Red. ⟵

§ 30. Verbot der Stammkapitalsauszahlung. 1. Verhältnis zum Gläubigeranfechtungsrechte. **RG. 74** 16, JW. **10** 762 Nr. 35, BauersZ. **18** 15, LeipzZ. **10** 851 Nr. 17, DJZ. **10** 883. Gläubigeranfechtung einer Einlage, die in Abtretung der Rechte aus Pachtverträgen über Restaurants an die GmbH. besteht, ist zulässig. Es handelt sich nicht, wie z. B. in **RG. 68** 271, **54** 128 (§ 213 HGB.), um das Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, sondern eines Gläubigers, der nicht Rechte des Gesellschafters, sondern eigene Rechte wegen fraudulösen Zusammenwirkens zwischen Gesellschaft und Gesellschafter geltend macht.

2. Abs. 2. Zurückzahlung von Nachschüssen. BauersZ. **17** 208. Keine Rückzahlung der Nachschüsse an den früheren Gesellschafter, der sie geleistet hat, nach Veräußerung seines Anteils, wenn die GmbH. die Rückzahlung beschlossen hat, sondern nur an den angemeldeten Nachfolger. Dispositives Recht.

§ 31. Haftung für verbotswidrige Rückzahlungen. 1. Gesamthaftung. BauersZ. **18** 40. Von der Gesamthaftung der Gesellschafter, wenn von dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen etwas an einen Gesellschafter ausbezahlt wurde. Drei Fälle: Erwerb eines Anteils für die Gesellschaft durch Ratenzahlungen aus der Gesellschaftskasse: Haftung für die Raten. Vorausentnahme von Dividende bei nachher ermittelter Unterbilanz. Entnahme von Gewinnvorschüssen seitens eines Gesellschafters-Geschäftsführers ohne festes Gehalt.

2. Steuerrechtliches. Buck, Die Behandlung eines trotz § 31 GmbHG. an die Gesellschafter gezahlten Betrags nach der Novelle zum PrEinkStG. v. 19. Juni 1906, R. **10** 414. Die Heranziehbarkeit wird verneint, praktisch aber wird die Zulässigkeit des Bezugs nicht geprüft. Bei Rückzahlung kein Abzug. Vgl. aber § 71 EinkStG.

§ 34. Amortisation. BauersZ. **17** 180. Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil wird wirkungslos, wenn die Gesellschaft das Recht zu seiner Einziehung im Gesellschaftsvertrage vorgesehen hat. Sie kann auch den neuen Erwerber ablehnen, wenn sie satzungsgemäß befugt ist, vom Gesellschafter, sowie seinem Rechtsnachfolger die Übertragung des Geschäftsanteils auf einen anderen zu fordern.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. I. Inhalt der Vertretungsbefugnis. Verwaltung. **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 625 Nr. 35 und 688 Nr. 31, HoldheimsMSchr. **10** 278, BauersZ. **18** 62, WarnE. **3** 264. Aus der Vertretungsmacht folgt nicht, daß die Mitteilung des Geschäftsführers von der Aufnahme als Gesellschafter auch ohne den erforderlichen Beschluß der GmbH. gültig die Bindung als Gesellschafter herstelle: der Geschäftsführer kann nicht gegen die zwingende Vorschrift im § 55 neue Anteile schaffen. **b)** BauersZ. **18** 61. Keine Klage gegen den Geschäftsführer auf Vollziehung der gefaßten Versammlungsbeschlüsse. **c)** BauersZ. **18** 13. Maßnahmen gegen Gesellschafter, welche eigenmächtig in die Geschäftsführung eingreifen. Erörtert sind Fälle von eigennütziger und eigenmächtiger Verhandlung mit Kunden, Störung von Verhandlungen, Hintertreibung von Geschäftsabschlüssen. Dagegen wird eine nicht näher bezeichnete Unterlassungsklage und ein Ersatzanspruch nach § 677 BGB. als gegeben erachtet.

II. Gesamtvertretung. **a)** SchlHolstAnz. **10** 283 (Kiel). Kein gültiger Vertrag ohne Mitwirkung des zweiten Geschäftsführers-Gesamtvertreters. Unerheblich ist die später erlangte Kenntnis des nicht mitwirkenden Geschäftsführers und sein nachträglich gegenüber dem anderen abschließenden erklärtes Einverständins. Geschäftsführung ohne Auftrag des Alleinhandelnden liegt nicht vor. Zu einer so weit gehenden Bevollmächtigung des einen, daß er ganz allein allgemein die rein

kaufmännischen Angelegenheiten erledigen sollte, waren die Geschäftsführer nicht befugt (Außerkraftsetzung der statutarischen Gesamtvertretung). Unerheblich ist eine Dienstanweisung des Aufsichtsrats über die Geschäftsverteilung, erheblich eine Genehmigung des nicht Mitwirkenden, nachdem er Alleingeschäftsführer geworden ist. **b**) BauersZ. **17** 229. Das unentziehbare Recht auf Einzelzeichnung und Einzelvertretung (Sonderrecht) kann sich ein Geschäftsführer-Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ausbedingen. Keine Entziehbarkeit auch bei groben Mißständen, aber Abberufung nach § 38 Abs. 2, Auflösungsklage (§ 61). Jedem anderen Geschäftsführer kann das satzungsgemäße Einzelrecht durch Satzungsänderung entzogen werden; geschieht dies grundlos, so kann er das Amt niederlegen und Schadensersatz fordern. **c**) BauersZ. **17** 109. Eine Erweiterung der Vertretungsbefugnis eines Kollektivgeschäftsführers dahin, daß er in gewissen und minder wichtigen Angelegenheiten allein vertreten und zeichnen dürfe, ist nicht eintragungsfähig; es liegt aber darin eine Handlungsvollmacht (§ 54 HGB.), die aber nicht in dieser Weise begrenzbar ist.

III. Zeichnung für die Gesellschaft (Abgrenzung von persönlichen Erklärungen). **RG.** BauersZ. **18** 86. Erteilung eines Lieferungsauftrags für eine GmbH. und Übernahme einer Bürgschaft für sie in einer Urkunde: Gültigkeit der persönlichen Bürgschaft der beiden Geschäftsführer; ihre Unterschrift unter der (gestempelten) Firma deckt beide Erklärungen (**RG. 71** 115, **61** 347; §§ 126, 133 BGB.). § 35 Abs. 3 GmbHG. ist nur eine Ordnungsvorschrift; es steht nichts entgegen, daß der Zeichnende gleichzeitig als Vertreter eines Dritten und im eigenen Namen handelt. Vgl. SeuffA. **62** 92 Nr. 52.

IV. Eintragung. BauersZ. **17** 84, JDR. 8 zu § 15 HGB. unter 3: unrichtige Eintragung über die Vertretung durch Verschulden des Registerrichters.

§ 37. Beschränkungen des Geschäftsführers. SchlHolstAnz. **10** 365 (LG. Kiel). Der Grundbuchrichter ist nicht befugt, von dem eine Auflassung beantragenden Geschäftsführer die (statutarische, nach dem Handelsregistereintrag erforderliche) Genehmigung des Aufsichtsrats zu der beabsichtigten Veräußerung zu verlangen.

§ 38. Widerruf der Bestellung. I. Einfluß auf Gehaltsansprüche. **a**) **RG.** ZAktWes. **10** 137. Fälligkeit des Gehalts eines Geschäftsführers abhängig von seiner Beteiligung: Erfüllung dieser Vereinbarung durch Hingabe von Akzepten. Verlängerung des Vertrags nach § 625 BGB. **b**) BauersZ. **17** 204 (LG. Dresden). Kein Gehaltsanspruch eines ausgeschiedenen, aber im Handelsregister noch nicht gelöschten Geschäftsführers, wenn er noch gerichtliche Zustellungen in der (irrigen) Meinung entgegennimmt, er sei hierzu zur Vermeidung eigener Verantwortlichkeit verpflichtet und werde wegen verzögerter Bestellung des Nachfolgers wider seinen Willen von der GmbH. zurückgehalten (§§ 612, 625 BGB., § 354 HGB., Schadensersatz). **c**) LeipzZ. **10** 166 Nr. 1 (KG.). Zurückbehaltungsrecht des durch Beschluß der Mitgliederversammlung seines Amtes als alleiniger Geschäftsführer entsetzten technischen Direktors wegen Gehaltsansprüchen an Geschäftsbüchern, Skripturen, Patenturkunden, Modellen, Schlüsseln bejaht (§ 273 BGB.). Dahingestellt bleibt, ob er Besitzdiener ist (OLG. **5** 148). Kein Widerspruch mit dem Schuldverhältnisse (§ 242 BGB.: **RG. 57** 1). Vgl. OLG. **6** 350. Der Direktor ist nicht Handlungsgehilfe, sondern gewerblicher Betriebsleiter (§ 113 a GewO.).

II. Abs. 2. Beschränkung des Widerrufs. BauersZ. **17** 229. Der gemäß § 38 Abs. 2 mit beschränkter Widerruflichkeit angestellte Geschäftsführer darf seinerseits mangels anderer Vertragsbestimmung die gesetzliche Aufkündigungsfrist gebrauchen (keine entsprechende Einschränkung der Kündigungsbefugnis).

§ 39. Anmeldung von Änderungen hinsichtlich der Geschäftsführer. 1. Anmeldende; Prüfungsrecht des Registerrichters. RJA. **10** 262 (KG.). Es brauchen nicht notwendig sämtliche Geschäftsführer bei der Anmeldung mitzuwirken, sondern nur so viele, als zur Vertretung der G. befugt sind. Der Registerrichter war berechtigt und verpflichtet, in eine Prüfung der ihm eingereichten Urkunden (Kündigungsschreiben, Protokoll über die Gesellschafterversammlung) einzutreten, ob sie die nachgesuchte Eintragung (Erlöschen der Vertretungsbefugnis) rechtfertigen oder nicht. Vgl. KGJ. **25** A 255 (RJA. **3** 189), **RG.** ZBlFG. **6** 709. Diese Nachprüfung, ob der Beschluß über die Abberufung rechtswirksam zustande gekommen sei, hätte zu dem Ergebnisse führen müssen, daß der Beschluß nur mit Stimmengleichheit gefaßt, also nicht gültig war. Vgl. auch § 47 Abs. 4 und unten zu § 54.

2. Wohnsitzveränderungen der Geschäftsführer. Zulässigkeit landesrechtlicher Vorschriften über die Anmeldung. ZBlFG. **11** 46, R. **10** Nr. 1829.

3. Verurteilung zur Anmeldung. RJA. **10** 253, ZBlFG. **11** 46, R. **10** Nr. 1831 (KG.). Verurteilung einer GmbH., anzumelden, daß die Kläger nicht mehr Geschäftsführer seien. Eintragung dieser Tatsache lediglich auf Grund des von den Klägern eingereichten rechtskräftigen Urteils (§ 894 ZPO.). Die Kläger handeln hierbei nicht als Geschäftsführer, sondern als Gläubiger. Die Rechtskraft hat zur Folge, daß die Erklärung als in der gesetzlich vorgeschriebenen Form von den zur Anmeldung berechtigten und verpflichteten Personen abgegeben gilt (§ 39 GmbHG.).

§ 40. Liste der Gesellschafter. BauersZ. **17** 84. Der Registerrichter kann den Geschäftsführer durch Ordnungsstrafen anhalten, eine richtige Gesellschafterliste einzureichen (Fall des § 16 Abs. 1).

§ 41. Abs. 2. Gewinn- und Verlustrechnung. BauersZ. **18** 12. Ist der Geschäftsführer einer in Konkurs verfallenen GmbH. strafbar, weil er niemals eine Gewinn- und Verlustrechnung aufgemacht hatte? Verneint nach § 83 GmbHG. mit Ziff. 4 § 240 KO. (anders dagegen anscheinend Staub-Hachenburg Anm. 33 § 41).

§ 42. Bilanz. Literatur: Luetgebrune, Miszellen zum Bilanzrechte der GmbH., HoldheimsMSchr. **10** 125.

A. Allgemeines. Luetgebrune aaO. I. Zu welchem Werte müssen die vorhandenen Fabrikate einer GmbH. in die Bilanz eingestellt werden? Ansatz zum Marktpreis abweichend von Ziff. 1 § 261 HGB. II. Kann der effektive Reingewinn durch Einstellung von offenen, statutarisch nicht vorgesehenen Reserven in die Bilanz vor der Verteilung bewahrt werden? Vgl. §§ 29, 46 Satz 1. Gegen Staubs Einschränkung der Verteilungsbefugnis der Gesellschafterversammlung. Vgl. KG., ZAktWes. **97** 151, **RG. 49** 144. Aufteilung des Gewinns in Dispositionsfonds, Fonds des Aufsichtsrats, Gewinnvortrag rechtlich einwandfrei. III. Enthält die Genehmigung der Bilanz durch die Generalversammlung der GmbH. gleichzeitig die Entlastung der Geschäftsführer für das Bilanzjahr? Vgl. **RG. 49** 146. Die Frage wird verneint.

B. Einzelne Bewertungsgrundsätze und Bilanzposten. 1. Ziff. 1. Fertige Waren. **RG.** JW. **10** 328 Nr. 1, LeipzZ. **10** 393 Nr. 4, 394 Nr. 7, BauersZ. **17** 209, R. **10** Nr. 2298. RG. bestätigt das JDR. **8** § 42 II 1 mitgeteilte Urteil des OLG. Hamburg, soweit es sich um die Bewertung fertiger Waren zum Kundenpreise handelt. Was die Anfechtbarkeit des Kaufes der Geschäftsanteile wegen durch diese Bilanzierung verübter Arglist des Verkäufers anlangt, verlangt das RG. Prüfung unter dem Gesichtspunkte, daß der Verkäufer den Käufern eine unrichtige Vorstellung von der Entwickelung des Unternehmens gab, wenn er

sie in dem Glauben ließ, es seien die Bilanzen der zwei letzten Jahre nach denselben Grundsätzen aufgemacht, wie in den zwei vorhergegangenen Jahren, während die Kontinuität der Dividenden nur durch veränderte Bilanzaufmachung erreicht wurde.

2. Ziff. 2. Betriebskosten; steuerrechtlich. Dilloo, Besteuerung der GmbH. in Preußen. II. Gehört die von der GmbH. gezahlte Staatseinkommensteuer zu den steuerrechtlich abzugsfähigen Betriebskosten? Holdheims MSchr. **10** 10. Unter kritischer Nachprüfung der in OVG. in StaatsstS. **13** 296 ff. für die Einkommensbesteuerung der GmbH. aufgestellten Grundsätze wird entgegen der Praxis der Satz aufgestellt: Die im § 16 EinkStG. vorgeschriebene „sinngemäße" = entsprechende Anwendung der Vorschriften im § 13 (Besteuerung des Einzelkaufmanns) erfordere außer der Heranziehung der Bilanzvorschriften des HGB. auch die der im GmbHG. enthaltenen (Entstehungsgeschichte der §§ 13, 16. Natur der Einkommensteuer als Werbungskosten im Sinne des § 8, weil die Steuerpflicht der juristischen Personen Ertragssteuer ist). Die Frage der Überschrift bejaht also Verf.

3. Ziff. 4. Stammkapital; eigene Anteile. **RG.** LeipzZ. **10** 688 Nr. 30. Verbuchung von der GmbH. abgetretenen Anteilen als Aktivum (nach Nominalbetrag oder wirklichem Werte?).

4. Ziff. 5. Gewinn und Verlust. OLG. **22** 17 (Düsseldorf). Aus dem Fehlen der Gewinn- und Verlustrechnung allein kann ein Recht zur Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses nicht hergeleitet werden.

§ 43. Haftung der Geschäftsführer. 1. Gegenüber Dritten. **a)** S. zu § 52, **RG. 73** 392. **b)** BauersZ. **17** 206 = **RG. 73** 30 f. zu § 64.

2. Haftung von Nicht-Geschäftsführern. **RG.** BauersZ. **17** 110. Wer, ohne als Geschäftsführer gültig bestellt zu sein, die Geschäftsführung tatsächlich ausübt, haftet wegen Pflichtverletzung wie ein wirklicher Geschäftsführer (§ 677 BGB.)

§ 46. Einzelne Zuständigkeiten der Geschäftsführer. 1. Ziff. 2. Einforderung von Einzahlungen. BauersZ. **17** 110 (Köln). Die Ausführung des Gesellschafterbeschlusses liegt den Geschäftsführern ob; wird § 46 Ziff. 2 dahin abgeändert, daß weitere Einzahlungen der Aufsichtsrat einfordert, so hat der Aufsichtsrat nur an Stelle der Gesellschafter die Beschlußfassung über die Einforderung, nicht die Ausführung.

2. Ziff. 5. Entlastung von Geschäftsführern. BauersZ. **17** 133. Anfechtung einer Entlastung nach § 826 BGB. bei vorsätzlichem Handeln zum Nachteile der G.: der dolus braucht nur bei dem Teile vorhanden zu sein, der im gegebenen Falle mindestens erforderlich war, um einen Mehrheitsbeschluß hervorzubringen.

3. Ziff. 8. Geltendmachung von Ersatzansprüchen. BauersZ. **17** 109. Die Vorschrift setzt voraus, daß der zu Belangende der G. noch als Geschäftsführer oder Gesellschafter angehört. Fehlt die Beschlußfassung der Gesellschafter, so steht der Klage der Einwand der Unzulässigkeit entgegen. Geschäftsführer und Gesellschafter sind nicht Dritte im Sinne des § 37. Unanwendbar ist die Vorschrift, wenn es sich um frühere Gesellschafter oder Geschäftsführer handelt oder nicht um Ersatzansprüche aus der Gründung oder Geschäftsführung.

§ 47. Stimmrecht. I. Verpfändete Anteile. BauersZ. **17** 275. Wem steht das Stimmrecht für verpfändete Geschäftsanteile zu? Erfordernis besonderer Vollmacht; nur Ausübung des Stimmrechts im Namen des Eigentümers möglich.

II. Abs. 4. Stimmrechtsbeschränkung. 1. Allgemeines. BauersZ. 18 62. Ausschluß der Stimmrechtsbeschränkung. Die dispositive Natur des § 47 folgt aus § 45. Der Gebrauch des Stimmrechts kann unter diesen Umständen nie ein Verstoß gegen die guten Sitten sein.

2. Rechtsgeschäfte mit einem Geschäftsführer. **a)** Wahl, Bezüge. **RG. 74** 276, LeipzZ. **11** 64 Nr. 31. Das Mitglied einer GmbH. kann

sowohl über seine Wahl zum Geschäftsführer, als auch über seine Bezüge abstimmen, wenn die Wahl und der Dienstvertrag als Bestandteile eines einheitlichen Vertrags anzusehen sind (vgl. für die Wahl eines Aktionärs zum Aufsichtsrate **RG. 60** 172). Bestellung des Geschäftsführers als gesellschaftlicher Akt. **b**) Abberufung. α. OLG. **22** 17 (Frankfurt). Anfechtung des Abberufungsbeschlusses durch den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer wegen Nichtinnehaltung der statutarisch erforderlichen Einstimmigkeit: Berücksichtigung seiner eigenen Stimme, insbesondere auch gegenüber dem von Hachenburg, LeipzZ. **1** 466, aufgestellten Grundsatze von Treu und Glauben gegenüber der erschöpfenden Aufzählung im § 47 Abs. 4. β. RJA. **10** 262 (KG.). Ein gültiger Gesellschafterbeschluß kann auch von nur einem Gesellschafter gefaßt werden (**RG. 34** 116). Bei Stimmengleichheit muß die Abberufung des Geschäftsführers als abgelehnt gelten, sie lag aber nicht vor, weil der Abzurufende vom Stimmrechte nicht ausgeschlossen ist. Aufgabe der früheren Rechtsprechung KGJ. **25** A 254 (RJA. **3** 191) im Anschluß an **RG. 60** 172. Kein Rechtsgeschäft, sondern gesellschaftlicher Akt; Interesse der G. Unerörtert bleibt, ob im Gesellschaftsvertrag ein Sonderrecht auf die Geschäftsführung eingeräumt ist (**RG.** LeipzZ. **09** 75, **RG. 44** 95, KGJ. **21** A 262).

§ 48. Abs. 2. Gesellschafterversammlung. Schriftliche Abstimmung. BauersZ. **17** 252. Schriftliches Einverständnis mit schriftlicher Stimmabgabe: wenn die Gesellschafter die ihnen schriftlich gestellten (Beschluß-) Fragen schriftlich beantworten: darin liegt die Gutheißung einer versammlungslosen Abstimmung.

§ 51. Literatur: Danzer, Ist die Generalversammlung der GmbH. mit Aufgabe der eingeschriebenen Einladung zur Post oder erst mit Zugang derselben an die Adressaten berufen? LeipzZ. **10** 445.

Berufung der Gesellschafterversammlung. Danzer. Gegen **RG. 60** 144 wird Zugang der Ladung erfordert. Neben der sprachlichen Fassung des § 51 wird betont, daß die Berufung der Generalversammlung eine (empfangsbedürftige) Willenserklärung ist (§ 130 BGB.). Vgl. § 21 GmbHG. und JW. **05** 443. Die Ansicht des RG. wäre nur bei Aufstellung einer gesetzlichen Fiktion zutreffend. Vgl. ferner §§ 257, 256 Abs. 2, 182 Ziff. 6 HGB., §§ 170 JnvVG., 155 GewUVG., 48 PostG., ferner § 33 PostG., §§ 26 Abs. 1, 33 PostO. v. 20. März 1900.

§ 52. Aufsichtsrat. I. Absetzung (§ 243 HGB.). BauersZ. **17** 207. Mit welcher Mehrheit sind die Aufsichtsratsmitglieder absetzbar? — Besprechung von § 243 HGB.

II. Auslagen (§ 245 HGB.). BauersZ. **17** 85 (Hamburg). Kein Verzicht eines Aufsichtsratsmitglieds auf seine Auslagen bei Nichtansatz in den Jahresrechnungen. Gewinn-, Verlustrechnungen, Bilanzen sind keine Abrechnungen im Verhältnisse von Geschäftsführer und GmbH. untereinander.

III. Haftung (§ 249 HGB.). **RG. 73** 392, JW. **10** 617 Nr. 9, LeipzZ. **10** 551 Nr. 33, ZAktWes. **10** 91, BauersZ. **17** 251. Im Anschluß an **RG. 63** 324 wird auch für das Recht der GmbH., zumal mit Rücksicht auf §§ 52, 82 GmbHG. und die Nichtanwendbarkeit des Abs. 3 letzter Satz § 249 HGB. abgelehnt, daß die entsprechend anwendbaren Vorschriften des § 249 Abs. 1, 2 HGB. ein Schutzgesetz für Dritte i. S. § 823 Abs. 2 BGB. sind. Daher liegt auch insoweit kein den Schutz Dritter bezweckendes Gesetz vor, als es sich um Verletzung der Überwachungspflicht bei unrichtiger Beurkundung der Gesellschaftsbeschlüsse und Anmeldung handelt (Schadensersatzanspruch eines nach §§ 16 Abs. 3, 24 in Anspruch genommenen Anteilserwerbers gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen Duldung einer unzulässigen Einbringung einer Sacheinlage).

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53. I. Sitzänderung. **a)** BauersZ. **17** 211 (KG.). Gerichtsstand einer GmbH. mit dem statutarischen Sitze „Berlin" beim LG. II Berlin, in dessen Bezirke die Verwaltung geführt wird (vgl. **RG. 67** 191). Der Umstand, daß die Verwaltung zuerst im Bezirke des LG. I geführt ist, ist ohne Bedeutung. Die Verlegung der Geschäftsräume (ohne Gesellschafterbeschluß) hat eine Veränderung des Sitzes nicht zur Folge gehabt. Anders, wenn die Geschäftsräume außerhalb Berlins (z. B. nach Steglitz) verlegt würden: Sitz würde Berlin bleiben; anders der allgemeine Gerichtsstand. **b)** ZBlFG. **11** 46, R. **10** Nr. 1829 (BayObLG.). Bei Verlegung des Gesellschaftssitzes in einen anderen Gerichtsbezirk erfolgt selbständige Neueintragung, nicht bloße Übertragung des früheren Eintrags.

II. Beschlußform. Reinhard, ZBlFG. **11** 383. Wird im § 53 Abs. 2 GmbHG., wonach der auf die Abänderung des Gesellschaftsvertrags abzielende Beschluß der Gesellschafter gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, ein Versammlungsbeschluß vorausgesetzt? Die Anwendbarkeit des Abs. 2 § 48 wird im Gegensatze zu Staub-Hachenburg (Anm. 10 § 53) bejaht und daher die Notwendigkeit eines Versammlungsbeschlusses verneint. Die besonderen Sicherheiten, die Abs. 2 § 53 geben will, sind auch bei Abstimmung außerhalb der Versammlung gewahrt. Die zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll erklärten Abstimmungen können auch als Unterlagen für die Beurkundung des Beschlusses dienen.

III. Sonderrechte. BauersZ. **17** 181. Vorzugsstammanteile mit dauerndem Bestande, die bei Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens zu 125 pCt. berücksichtigt werden sollen (die anderen Anteile nur mit 100 pCt.). Kein Sonderrecht, da es sich nicht um mit Namen benannte Gesellschafter handelt; daher Abänderbarkeit der Vorrechte, wie ein für unabänderlich erklärter Gesellschaftsvertrag nach § 53 mit $^3/_4$ Majorität geändert (von der Unabänderlichkeitsklausel befreit werden kann).

IV. Abs. 3. Form der Zustimmung. BauersZ. **17** 138. Zustimmung ist formlos.

§ 54. Änderungsanmeldung; richterliches Prüfungsrecht. KGJ. **39** A 122, RJA. **10** 210, ZBlFG. **11** 115, BauersZ. **17** 275 (KG.). Umfang des richterlichen Prüfungsrechts bei der Eintragung von Satzungsänderungen: dessen Inhalt und Umfang ist verschieden zu bemessen, je nachdem die Registereintragung von rechtserzeugender oder nur von kundmachender Bedeutung ist. Mit Rücksicht auf Abs. 3 § 54 hat er Recht und Pflicht, die Wahrheit der von dem Anmeldenden angegebenen Tatsache nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen. Kein Ablehnungsrecht: bei Verletzung von den Beteiligten ungerügter Ordnungsvorschriften; bei Mängeln, die ein Anfechtungsrecht der Beteiligten begründen. Der Inhalt der Anmeldungen und der ihnen beigefügten Erklärungen wird in der Regel zunächst als richtig anzunehmen sein. Bezeugt der protokollierende Urkundsbeamte (Abs. 2 § 53), daß ihm Postscheine, Vollmachten, sonstige Urkunden vorgelegt sind, so wird der Registerrichter Vorlage dieser Beweisstücke nicht verlangen können, sofern nicht besondere Umstände ihm Anlaß geben, an der Gesetzmäßigkeit der bezeugten Vorgänge oder an der Wahrheit der abgegebenen und beurkundeten Erklärungen zu zweifeln (vgl. Staub-Hachenburg Anm. 11, 15 zu § 53; Anm. 13 f. zu § 54). Kein Recht, die Vorlegung der Ladungspostscheine (§ 51), sowie den urkundlichen Nachweis, daß die Geschäftsanteile auf die in dem Versammlungsprotokoll als Gesellschafter bezeichneten Personen ordnungsmäßig übertragen worden seien (§§ 16, 40), zu verlangen. Es muß dem Registerrichter, sofern nicht ganz besondere Umstände entgegenstehen, genügen, wenn der Geschäftsführer die erschienenen Gesellschafter als solche eingeladen und zu der Versammlung als teilnahmeberechtigte Gesellschafter zugelassen hat. Auch eine amtliche Bescheinigung über die Vertretungs-

befugnis zweier Teilnehmer, die als Vorstandsmitglied und Prokurist einer beteiligten AG. erschienen sind, ist nicht erforderlich. Vgl. noch RJA. **9** 34 (zu § 16 GenG.), ebenso hinsichtlich der Prüfung der Berufung der Versammlung, der Ankündigung der Beratungsgegenstände, der Art der Abstimmung, anders hinsichtlich der vorschriftsmäßigen Stimmenmehrheit. S. ferner oben RJA. **10** 262 zu § 39 GmbHG. und die bei § 16 GenG. mitgeteilte Rechtsprechung.

§ 55. Stammkapitalserhöhung. I. Wesen. KGJ. **39** A 127, RJA. **10** 197, ZBlFrG. **11** 105, OLG. **22** 20 (KG.). Das Wesen der Erhöhung des Stammkapitals besteht in der Begründung weiterer Geschäftsanteile, also in der Schaffung neuer Mitgliedschaften. Die Kapitalserhöhung enthält daher wenigstens teilweise eine Neugründung unter Veränderung des Stammkapitals. Die Erhöhung des Stammkapitals ist der einzige Weg, neue Mitglieder aufzunehmen.

II. Form. **a)** **RG. 73** 44, JW. **10** 299 Nr. 38, LeipzZ. **10** 398 Nr. 25, BayersZ. **17** 182. Ein gemäß Artt. 53 bis 62 PrFGG. aufgenommenes notarielles, von den Beteiligten nicht unterschriebenes Protokoll über die von der Gesellschafterversammlung gefaßten Beschlüsse genügt nicht den für die Aufnahme einer rechtsgeschäftlichen Erklärung in den §§ 168 ff. FGG. gegebenen Vorschriften und somit nicht den Erfordernissen des § 55 GmbHG. **b)** KGJ. **38 A** 175, BayersZ. **17** 253. Form der Übernahme auf das erhöhte Kapital zu leistender Stammeinlagen durch Provinzen und Kreise: Notwendigkeit gerichtlicher, notarieller oder beglaubigter Erklärungen; Übernahmeerklärungen in den Formen des § 91 ProvinzO. v. 29. Juni 1875 oder des § 137 Abs. 3 KreisO. v. 13. Dezember 1872 sind nichtig. Unabhängigkeit der privatrechtlichen Formvorschriften von den die Organisation und Repräsentation der Körperschaften betreffenden öffentlichen Normen (§ 29 GBO.: „öffentliche" Urkunden, also keine Analogie). **c)** OLG. 22 19 (KG.). Die Formvorschrift gilt auch für Übernahmevorverträge; keine Heilung des Formmangels durch Zahlung der vollen Stammeinlage oder eines Teiles. **d)** **RG.** BayersZ. **17** 154. Der Übernehmer eines neuen Stammanteils wird so lange nicht Gesellschafter, als nicht den Anforderungen der §§ 53 bis 55 genügt ist, selbst bei Leistung der Einlage: daher Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die unter Mitwirkung der Inhaber solcher neuer Anteile zustande gekommen sind; keine Heilung durch spätere Eintragung.

III. Bevollmächtigte. KGJ. **39** A 127, RJA. **10** 197, OLG. **22** 20, BayersZ. **18** 15, ZBlFG. **11** 105 (KG.). Die Übernahme einer auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage kann durch einen Bevollmächtigten nur abgegeben werden, wenn der Machtgeber zu notariellem oder gerichtlichem Protokoll oder mittels notariell oder gerichtlich beglaubigter Urkunde Vollmacht erteilt hat (vgl. § 2 Abs. 2). § 47 Abs. 3 oder eine entsprechende statutarische Vorschrift steht nicht entgegen. — Die Übernahme der zur Aufbringung des erhöhten Kapitals erforderlichen neuen Stammeinlagen erfolgt nicht durch einen Gesellschafterbeschluß, sondern auf Grund eines Vertrags zwischen dem Übernehmer und der Gesellschaft. § 181 BGB. ist daher nicht anwendbar, wenn ein Gesellschafter und Übernehmer in Vollmacht eines anderen Gesellschafters gleichzeitig für diesen neue Stammanteile übernimmt; die mehreren Übernehmer treten zueinander nicht in ein Vertragsverhältnis. S. auch BGB. § 181 Ziff. 3a.

§ 57. Anmeldung der Kapitalserhöhung. 1. Richterliches Prüfungsrecht. Marcus, Das Prüfungsrecht des Registerrichters im Falle der Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH. (§§ 55, 57 GmbHG., § 181 BGB.), HoldheimsMSchr. **10** 263. Verneint wird die Anwendbarkeit des § 181 BGB. auf die „Zulassung" zur Übernahme einer Stammeinlage (§ 555 Abs. 2) kein richterliches Prüfungsrecht der Zulassung.

2. Beschwerderecht. RJA. **10** 202, ZBlFG. **11** 109 (München). Wird die Eintragung einer von den Gesellschaftern beschlossenen Änderung des Ge-

sellschaftsvertrags mit Unrecht abgelehnt, so wird dadurch das Recht der Gesellschaft, nicht das der einzelnen Gesellschafter, deren Rechtsverhältnisse von dem angemeldeten Beschlusse betroffen werden (Übernehmer), betroffen, daher sind sie nach § 20 RFGG. nicht zur Beschwerde berechtigt.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. Auflösungsgründe. 1. Ziff. 2. Auflösungsbeschluß. BauersZ. **17** 231. Keine gerichtliche oder notarielle Form.

2. Urteil. BauersZ. **17** 208. Keine Auflösung, wenn auf die Vollstreckung des rechtskräftigen Urteils verzichtet wird.

§ 64. Konkurspflichten der Geschäftsführer (vgl. auch §§ 83, 84). 1. Ersatz für Zahlungen. BauersZ. **17** 83. Durch § 64 Abs. 2 wird nicht die Ersatzpflicht Dritten gegenüber ausgeschlossen, wenn ein Geschäftsführer trotz Überzeugung der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der GmbH. Bestellungen für sie macht. Die Ersatzpflicht beruht auf § 84 GmbHG. mit § 823 BGB.

2. Prozessuales. **RG.** LeipzZ. **10** 218 Nr. 29. Gesellschafter einer GmbH. sind nicht am Rechtsstreit unmittelbar beteiligte Zeugen, wenn die im Konkurse befindliche GmbH. ihre Liquidatoren wegen Pflichtverletzung in Anspruch nimmt.

§ 65. Anmeldung der Auflösung. **a)** BauersZ. **17** 250. Der Registerrichter kann nach erfolgter Eintragung der Auflösung der GmbH. nicht auch noch die Anmeldung des Erlöschens der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer verlangen. **b)** OLG. **19** 376 (KG.). Auch das Erlöschen einer GmbH. in Liquidation ist anzumelden.

§ 66. I. Liquidatorenbestellung. Marcus, Kann durch Gesellschafterbeschluß die Ernennung des Liquidators einer Behörde oder der Handelskammer übertragen werden? Die Frage wird im Gegensatze zu Staub-Hachenburg, Neukamp bejaht.

II. Abberufung. **a)** BauersZ. **18** 14. Ein im Gesellschaftsvertrag ernannter Liquidator kann mit einfacher Majorität abberufen und dafür ein anderer zum Liquidationsführer gewählt werden (vgl. Staub-Hachenburg Anm. 4 § 66 gegen Förtsch und Neukamp). **b)** Marcus, HoldheimsMSchr. **10** 291. Ob der Gesellschafterbeschluß etwaige Festsetzungen im Statut ändern kann, ist quaestio facto: liegt eine Statutenänderung vor? Verneint, wenn zunächst die Auflösung beschlossen war, ebenso bei Wiederaufnahme der vermeintlich beendeten Liquidation.

§ 69. Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft. I. Anwendung der Vorschriften des zweiten Abschnitts. 1. Nebenleistungen. BauersZ. **17** 139. Wann hören die Nebenleistungen der Gesellschafter einer in Liquidation getretenen GmbH. auf? Vgl. **RG. 21** 153, **44** 83: Fortführung des Unternehmens, solange es die wirtschaftlichen Verhältnisse rechtfertigen; aber besondere Rechtfertigung der statutarischen Leistungspflicht im Liquidationsstadium erforderlich.

2. Prozeß- und Rechtsfähigkeit (§ 13). BauersZ. **18** 92. Klage der GmbH. in Liqu. auf Grund des Wettbewerbsgesetzes zulässig.

II. Anwendbarkeit der Vorschriften des dritten Abschnitts. **a)** BauersZ. **17** 277. Anwendbarkeit des § 40 (Einreichung der Gesellschafterliste) bejaht. **b)** § 45. BauersZ. **17** 253. Die satzungsgemäßen Kontrollrechte der Gesellschafter bestehen auch während der Liquidation der GmbH.

III. Anwendbarkeit des § 65 s. dort.

§ 70. Aufgaben der Liquidatoren. 1. Forderungseinziehung. BauersZ. **17** 179. Der Liquidator ist nicht befugt, rückständige Einlageforderungen an einen Gläubiger der GmbH. abzutreten (§§ 717, 399 BGB.).

2. Vermögensversilberung. a) BauersZ. 18 65. Keine Befugnis der Liquidatoren zur Umsetzung statt in Geld in andere Vermögensobjekte, insbesondere durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, das Gesellschaftsvermögen in einen Anteil einer neubegründeten GmbH. umzuwandeln. Ermächtigung durch einstimmige Erklärung der Gesellschafter vorbehaltlich der Rechte der Gläubiger möglich. b) BauersZ. 17 141. Firmenveräußerung (mit dem Geschäfte) durch den Liquidator (Konkursverwalter): nicht ohne Genehmigung der Gesellschafterverhandlung, da die Firma kein Vermögensrecht ist. c) **RG.** LeipzZ. **10** 771 Nr. 15, HoldheimsMSchr. **10** 203. Übertragungsvertrag über das Vermögen einer GmbH. im ganzen bedarf der Form des § 311 BGB. d) OLG. **20** 164, BauersZ. **17** 182 (KG.). Schuldenhaftung des Übernehmers des Vermögens einer aufgelösten GmbH. nach § 419 BGB. (keine Firmenfortführung [§ 25 HGB.]): unerheblich ist die Übernahme nur der in der Bilanz verzeichneten Schulden. Voraussetzung des § 419 ist keine wirkliche Schuldübernahme nach §§ 414, 415 BGB. Es ist gleichgültig, was die Vertragschließenden über die Übernahme der Schulden gewollt und bestimmt haben. Kein Bedenken deswegen, weil der Vertrag zwischen Unternehmer und Gesellschaft nicht notariell oder gerichtlich beurkundet ist (§ 311 BGB.). S. auch BGB. § 419 Ziff. 2 u. 3.

§ 72. Vermögensverteilung. BauersZ. **18** 65 (Colmar). Nur der Liquidator kann über das Vermögen einer aufgelösten GmbH. verfügen und Grundstücke auf die Gesellschafter übertragen. Kein gesetzlicher Übergang.

Anhang §§ 66 bis 74. Beseitigung der Auflösung. BauersZ. **18** 42. Beseitigung (Löschung) der Auflösung einer GmbH. nur, wenn eine Auflösung überhaupt nicht eintrat oder weil die Beendigung aus Irrtum oder aus böswilliger Absicht des Geschäftsführers zum Handelsregister angemeldet worden war, oder bei irrtümlicher Eintragung. Beispiele.

§ 75. Nichtigkeit. **RG. 73** 429, BauersZ. **18** 41. Die Nichtigkeit einer im GmbH.-Vertrage vereinbarten Schiedsgerichtsklausel hat nicht die Folge des § 139 BGB. und berührt den Gesellschaftsvertrag nicht.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78. Anmeldungen. Person der Anmeldenden; Anmeldung durch Gläubiger auf Grund von Urteilen statt der Geschäftsführer: RJA. **10** 253 s. oben § 39.

§ 80. Umwandlung einer AG. in eine GmbH. 1. Rechtsnatur, Gebühren. BayObLG. **11** 68, OLG. **22** 24, R. **10** Nr. 1004. Umwandlung einer AG. in eine GmbH.: Änderung des Rechtssubjekts, Auflösung und Neugründung, nicht Änderung des Gesellschaftsvertrags (vgl. dagegen §§ 332, 333 HGB.). Vgl. **RG. 64** 10. Das GmbHG. enthält kein Verbot, die unter § 80 fallenden Verträge landesgesetzlich zu besteuern (den Gesellschaftsvertrag und die darin aufgenommenen Einbringungsverpflichtungen der Gesellschafter). Anwendbarkeit der Gebühren aus Artt. 153 Abs. 2, 153 Abs. 5, 146 und der örtlichen Besitzveränderungsabgabe, 145 BayGebG. Steuerpflicht der Einbringung von Forderungen gegen die AG. in die GmbH., die auf diese mit dem Vermögen der AG. übergegangen sind, nach Art. 153 Abs. 5.

2. Eröffnungsbilanz. BauersZ. **17** 178. Keine Pflicht des Geschäftsführers zur Eröffnungsbilanz nach der Umwandelung.

§ 82. I. Ziff. 1. Falsche Angaben. a) **RG.** R. **10** Nr. 3879. Nicht erforderlich ist, daß die Angabe der Wahrheit der Eintragung hinderlich gewesen sein müsse. Keine Straflosigkeit von für die Entscheidung über die Eintragung unerheblichen Abweichungen von der Wahrheit. b) **RG.** R. **10** Nr. 3695. Erhöhung des Stammkapitals, auf die sich die falschen Angaben der Geschäftsführer

bezogen, vor Eintragung der GmbH. selbst: der Erhöhungsbeschluß ist gültig. Der Gesellschaftsvertrag unterliegt bis dahin der Willkür der Vertragsgenossen. c) Versicherungen über Sacheinlagen s. § 8 I 3.

II. Ziff. 3. Verschleierung. **RG.** R. **10** Nr. 2145. Den Begriff der „Verschleierung" erfüllt auch eine Darstellung, die, ohne eine positive Unwahrheit zu enthalten, ein täuschendes Bild von einem der Verhältnisse gibt, aus denen sich die Vermögenslage der G. zusammensetzt.

§§ 83, 84. Konkursvergehen. Zivilrechtliche Bedeutung. **RG. 73** 30, JW. **10** 285 Nr. 17, BauersZ. **17** 206, LeipzZ. **10** 398 Nr. 26, ZAktWes. **10** 46. Die Strafvorschriften der §§ 83, 84 sind keine Schutzgesetze Dritter im Sinne des § 823 Abs. 2. — Abgesehen von § 11 Abs. 2 sind Bestimmungen über Beziehungen dritter Personen zueinander oder zu der Gesellschaft oder zu deren Organen im allgemeinen nicht getroffen. Insofern Beziehungen Dritter zu der Gesellschaft oder zu deren Organen erwachsen, wurzeln sie in Umständen und Verhältnissen, die mit dem besonderen Rechte der GmbH. nichts zu tun haben und ihre Regelung daher auch nicht durch das diese Gesellschaften betreffende Gesetz, sondern in den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu finden haben. Insbesondere sind die Pflichten, die das Gesetz den Organen der Gesellschaft, den Geschäftsführern und einem etwa bestellten Aufsichtsrat, auferlegt hat, nicht Pflichten irgendeinem Dritten gegenüber (**RG. 63** 326). — Was für ein Wertobjekt im einzelnen Falle vorliegt, hat jeder, der einen Geschäftsanteil erwerben bzw. eine Stammeinlage übernehmen oder eine Aktie erwerben will, selbst zu prüfen. Der Gesetzgeber kann und will ihm dabei nicht helfen.

Anhang I. Stempelrecht (Preußen).

1. Tarifst. 25 c. Einbringungsstempel. a) **RG. 74** 6, BauersZ. **17** 278. „Umwandelung" einer oHG. in eine GmbH.: Bürgerliches Recht und Handelsrecht kennen keinen allgemeinen Begriff der Umwandelung, rechtlich liegt Auflösung und Neugründung vor. Es liegt kein Einbringen der Geschäftsanteile der oHG. vor. Beide Gesellschaften sollten nicht nebeneinander fortbestehen, die oHG. sollte zu bestehen aufhören. Die Gesellschafter der oHG. haben eine andere Art der oHG. als Liquidation vereinbart: Übertragung des nach Auflösung der oHG. ihnen zustehenden Gesellschaftsvermögens gemeinschaftlich an die neugegründete Gesellschaft mit der Bestimmung, daß jeder von ihnen daran zur Hälfte beteiligt sein sollte. Gegenstand des Einbringens bildet also das gesamte Vermögen der oHG. (keine allgemeine Rechtsnachfolge, sondern Übergabe, Abtretung, Auflassung). Unanwendbar Tarifst. 25 d und Abs. 3. b) KGJ. **39** B 80. Die Tarifst. 25 c PrStStG. betrifft auch die gemischten Einbringungsgeschäfte, d. h. diejenigen, die sich nicht nur auf die Sacheinlagen, sondern auf die Sachübernahmen beziehen (vgl. **RG. 73** 125). Unterschied von Einlage und Übernahme, von „Einbringen von nicht in Geld bestehendem Vermögen" [StStG.] und „Einlagen" [GmbHG.]. Übernahme von Schulden (Einbringungsstempel): nur die auf der Einlage ruhen, sind der Stempelberechnung zugrunde zu legen, daher also die auf dem eingebrachten Erbbaurechte lastenden Hypotheken (Grundschulden), aber auch die auf dem Erbbauvertrage beruhenden Verpflichtungen: das PrStStG. verlangt nicht Schulden, die auf der eingebrachten unbeweglichen Sache (dem gleichgestellten Rechte) dinglich lasten. Dies gilt auch, wenn die Erbbauzinsen als Reallast auf dem Blatte des Erbbaurechts eingetragen wären; in diesem Falle allerdings Übergang kraft Gesetzes auf die Gesellschaft, doch genügt dies für Tarifst. 25 c. Unerheblich ist, daß der Betrag der Erbbauzinsen im Gesellschaftsvertrage nicht ziffermäßig bestimmt ist, es genügt Bestimmbarkeit, hier durch Bezugnahme auf den Erbbauvertrag. — Werden mittels eines gerichtlichen Vertrags unbewegliche und bewegliche Sachen und Forde-

rungsrechte zusammen in eine Gesellschaft eingebracht, so ist es Pflicht des beurkundenden Richters, zwecks Vermeidung einer Überbürdung mit Stempel (§§ 16, 10 PrStStG.) die Beteiligten zur Angabe der Einzelwerte zu veranlassen. Anwendbarkeit der §§ 7 Abs. 2, 30 PrGKG. (Beseitigung des Mehrstempels). Nachträgliche Fristsetzung.

2. Tarifst. 25 d. Überlassungen. OLG. **21** 146, BauersZ. **18** 43 (KG.). Auflassungsstempel beim Übergang eines Gesellschaftsgrundstücks in das Sondereigentum des alleinigen Gesellschafters trotz Vertragsvorlage (Tarifst. 25 d) erforderlich.

Anhang II. Steuerrecht.

I. Allgemeine Grundsätze. **a)** BauersZ. **17** 235 (PrOVG.). Als Einkommen sind stets Jahreseinkünfte zu rechnen. Unter dem Durchschnitt einer kürzeren Zeit als dreier voller Geschäftsjahre ist ein dem Ergebnisse der kürzeren Zeit verhältnismäßig entsprechender einjähriger Betrag zu verstehen, auch wenn die G. in 365 Tagen nicht mehr hätte verdienen können, als sie in der kürzeren Zeit verdient hat. **b)** BauersZ. **17** 234 (PrOVG.). Keine Einbeziehung schätzungsweise ermittelten Gewinns in die Durchschnittsberechnung (§ 9 Abs. 6 EinkStG.). Das Ergebnis jeden Geschäftsjahrs ist für sich zu ermitteln, ein Verlustsaldo aus einem nicht in den dreijährigen Zeitraum fallenden Vorjahre bleibt unberücksichtigt (Satz 2 Nr. 6 unanwendbar, gilt nur für neu entstandene nicht physische Personen). **c)** BauersZ. **17** 233 (PrOVG. 4. 4. 08). Die Veranlagung der GmbH. in Preußen erfolgt nach dem Durchschnittsergebnisse der letzten 3 Jahre (§§ 9 Nr. 6, 1 Nr. 6 PrEinkStG.). Die GmbH. gehört zu den nicht physischen Personen. **d)** AaO. (PrOVG.). Ebenso. Die Veranlagung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob die G. beim Beginne des Steuerjahrs noch ein Gewerbe betreibt oder eine sonstige Einkommensquelle besitzt (§ 9 Nr. 6 gegenüber Nr. 1). Vor Feststellung der Bilanz durch die Generalversammlung können die Ergebnisse eines Geschäftsjahrs nicht berücksichtigt werden.

II. Steuerbilanzrecht. **a)** BauersZ. **17** 88 (PrOVG.). Unanwendbarkeit des § 261 HGB. auf GmbH. (§§ 16, 13 EinkStG.), anwendbar ist nur § 40 HGB. Die Bilanz des § 42 GmbHG. ist keine reine Vermögensbilanz, sondern eine Verteilungsbilanz (Artt. 29, 19 AusfAnw.). Die Verluste der in die Durchschnittsrechnung nicht fallenden Vorjahre haben außer Betracht zu bleiben. **b)** BauersZ. **17** 90 (PrOVG.). Der Gewinn ist bei der GmbH. wie beim Einzelkaufmanne (sinngemäße Anwendung Art. 19 AusfAnw.) zu berechnen: §§ 38 ff. HGB., nicht § 42 GmbH. Berechnung der Abschreibungen nicht nach Prozenten des zur Zeit der Abgabe des Sachverständigengutachtens als vorhanden begutachteten Wertes, sondern als Differenz zwischen Wert zur Eröffnungszeit und am Bilanzaufstellungstage. Auf Dinge und Rechte, die einer Entwertung der Natur der Sache nach nicht unterliegen, können steuerlich Abschreibungen nicht gemacht werden (Firmenkonto). **c)** BauersZ. **17** 91 (PrOVG.). Reservefonds sind von der Verteilung unter die Mitglieder ausgeschlossene Kapitalbeträge (keine Schulden). Steuerpflicht eines aus dem Geschäftsgewinne gebildeten Reservefonds. **d)** BauersZ. **17** 142, R. **10** 141 (PrOVG.). Durch Nachschüsse, Anteilskaduzierung, Verzicht auf rückständige Dividenden entsteht kein steuerpflichtiger Betriebsgewinn. Gewerblicher Reingewinn ist nur, was entweder unmittelbar durch den Betrieb des Unternehmens dem Inhaber zugeflossen ist, oder sich mittelbar als Früchte des im Unternehmen werbenden Anlage- und Betriebskapitals darstellt. Was die Mitglieder zur Erreichung der Gesellschaftszwecke in das besondere, der G. gehörige und dadurch erst ihnen gemeinsam gehörige Vermögen vertragsmäßig einzulegen haben, entspricht dem nicht. Gestundete Dividenden sind nur ein Teil des Reingewinns des Jahres ihrer Feststellung und verlieren infolge der Stundung diese Eigenschaft nicht durch Aufnahme in die

Passiven der folgenden Jahre. Das diesem Passivposten gegenüberstehende Forderungsrecht beruht nicht auf dem Geschäftsbetriebe, sondern auf der Mitgliedschaft; der Verzicht ist keine Betriebseinnahme, sondern außerordentliche Einnahme nach § 7 EinkStG. e) BauersZ. 18 44 (PrOVG.). Der Betrag, mit dem die von den Gesellschaftern bezogenen Rüben unter dem ortsüblichen Marktpreis ihnen von der GmbH. vergütet werden, ist kein Verlust der GmbH., sondern der Gesellschafter — obwohl andererseits der den Marktpreis übersteigende Teil der Vergütung Gewinn der GmbH. ist. f) Abzugsfähigkeit der Staatseinkommensteuer als Betriebskosten s. Dilloo zu § 42 Ziff. 2.

Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Allgemeine Bemerkungen.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses steht das Prüfungsrecht des Registerrichters. Eine feste Praxis hat sich noch nicht gebildet, doch hat das KG. neuerdings seine frühere weitgehende Rechtsprechuug eingeschränkt, eine Entscheidung des RG. steht bevor. Den gegenwärtigen Stand der Sache gibt der bei § 16 genannte Aufsatz von Buchdrucker wieder, auf den hier verwiesen werden kann. — Der 74. Band der offiziellen Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen bringt diesmal kein einziges unser Gesetz betreffendes Urteil. Der 73. Band enthält dagegen drei einschlägige Erkenntnisse. Das eine (s. § 27) statuiert die Zulässigkeit eines weiteren Organs neben den gesetzlichen, nämlich des sog. Genossenschaftsrats; das zweite entscheidet sich trotz des Wortlauts des § 136 Ges. für die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Übernahme mehrerer Geschäftsanteile wesentlich mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift (Schutz der Gläubiger und Mitgenossen, nicht des Genossen selbst). Ein drittes Urteil über die Einforderung von erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens fällig werdender Einzahlungen auf den Geschäftsanteil entscheidet eine alte Streitfrage, die auch für die Liquidation und alle anderen Handelsgesellschaften besteht; das RG. kommt trotz abweichender Begründung des Gesetzes und trotz Abwägung der Gläubigerinteressen zur Verneinung der Einforderungsbefugnis, betont auch den grundsätzlichen Gegensatz zu dem von der Literatur häufig gleichgestellten Liquidationsfalle (vgl. RG. **45** 153); anders z. B. Staub Anm. 8 § 292, Anm. 3 § 294 HGB.; Staub-Hachenburg Anm. 11 unter a zu § 63, Anm. 4 zu § 70 GmbHG. Vgl. hinsichtlich der rückständigen Einlagen noch ROHG. **19** 227; **20** 270.

§ 1. Erlangung der Rechtsfähigkeit; durch Verleihung? Deumer, Können Genossenschaften Rechtsfähigkeit auch durch staatliche Verleihung (§ 22 BGB.) erlangen? R. **10** 640. Es sind ihrem Zwecke und ihrem Geschäftsbetrieb entsprechend wirtschaftliche Vereine. Gegen Gierke (Holtzendorff-Kohler) und Lehmann (Handbuch) wird die Frage verneint, besonders mit Rücksicht auf die Haftung. Vgl. Reger **21** 172.

§ 3. Firma. Zitron, Zur Genossenschaftsfirma, DJZ. **09** 1203. Gegen das KG., das die Firma „Bank, e. G. m. unbeschr. Haftpflicht" als nicht genügend erklärt. „Bank" ist nach dem KG. kein Name (§ 17 HGB.), wohl aber Volksbank, Gewerbebank. § 3 GenG. verweist nicht auf den allgemeinen Firmenbegriff, daher kommt auch § 17 GenG. nicht in Frage.

§ 7. Notwendige Bestimmungen des Statuts. Ziff. 2. a) Begriff des Geschäftsanteils und des Guthabens s. SächsRpflA. **10** 72 unten zu § 76. **b)** Einzahlungen auf den Anteil

nach Konkurs s. **RG. 73** 410 und LeipzZ. **10** 329 unten zu §§ 98 ff. **c)** Andere Leistungen der Genossen. α. S. BayObLG. **10** 289, OLG. **19** 342 und FrankfRundsch. **10** 238 zu § 16. Vgl. ferner SchlHolstAnz. **10** 182 zu § 18 unter b. β. Deumer, Sanierungsversuche notleidender Genossenschaften, HoldheimsMSchr. **10** 205. Die Genossen können zu anderen Geldleistungen als zu Einzahlungen auf den Geschäftsanteil nicht gezwungen werden. Wiedergabe der Judikatur: ZBlFG. **8** 101, **RG. 68** 93, **62** 312, **47** 186, JW. **01** 83, OLG. **6** 193. Der einzige Weg bietet sich in der Erhöhung der Geschäftsanteile (§ 16), vgl. **RG. 57** 292, OLG. **14** 361. γ. S. auch § 73 unter 2.

§ 8. Ziff. 4. Erforderliche Stimmenmehrheit. S. zu § 16 (Statutenänderungen).

§ 13. Nicht eingetragene Genossenschaft. 1. Im Grundbuchverkehre. RJA. **10** 152 (Jena). Hypothek für nichtrechtsfähige Genossenschaft („Spar- und Vorschußverein"): Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters hinsichtlich der Rechtsfähigkeit s. JDR. **8** § 54 II 1 a GBO.

2. Beitritt zu einer anderen Genossenschaft. Genehmigung. OLG. **22** 10 (KG.). Beitritt einer noch nicht eingetragenen G. zu einer anderen: Genehmigung der ohne Vertretungsmacht im Gründungsstadium erfolgten Unterzeichnung des Beitrittsformulars, wenn es nach Aushändigung an die aufnehmende G. nicht zurückgefordert, die Einreichung ans Gericht geduldet, die Einzahlung und die Milchabgabe geleistet ist.

§ 15. Beitrittserklärung. Erfordernis deutscher Sprache. **a)** S. RJA. **10** 208 zu § 69. **b)** Hollander, Fremdsprachige Beitrittserklärungen zur Genossenschaft, ZBlFG. **10** 149.

§ 16. Literatur: Buchdrucker, Ein gegen die vorgeschriebene Stimmenmehrheit verstoßender Beschluß der Mitgliederversammlung einer eingetragenen Genossenschaft ist kein Scheinbeschluß, ZBlFrG. **11** 567.

Statutenänderungen. Prüfungsrecht des Registerrichters. **a)** Buchdrucker aaO. Im Anschluß an ZBlFG. **10** 239 wird über die neueste Rechtsprechung, die den Umfang des Prüfungsrechts des Registerrichters hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit des Zustandekommens der Generalversammlungsbeschlüsse betrifft, berichtet. Eine Entscheidung des RG. steht gemäß § 28 RFGG. bevor. Das KG. hat in seinen Beschlüssen v. 6. Juni (KGJ. **34** A 198) und 21. November 1907 die Prüfungspflicht bejaht. Das BayObLG. hatte im Beschlusse v. 25. Juni 1909 (s. unten) ohne Stellungnahme zu dem Standpunkte des KG. jedenfalls den Nachweis verlangt, daß den Machtbereich der Genossenschaft erweiternde Statutenänderungen die Zustimmung sämtlicher Genossen erhalten hätten. Das LG. Rostock (26. März 1910) stellte sich auf einen dem KG. entgegengesetzten Standpunkt. Ebenso das OLG. Colmar (6. Juli 1910 [s. unten]): es muß nur vom Registergerichte festgestellt werden, ob die Anfechtung nach § 51 versäumt ist (der Mangel ging aus der Anmeldung hervor). Dem schließt sich BayObLG. (14. Oktober 1910 [s. unten]) voll an. Weitergehend LG. Koblenz (29. Juli 1910) und LG. Neiße (20. August 1910), die das Prüfungsrecht überhaupt verneinen. — In einem neueren Beschlusse vom 13. Mai 1910 (abgedr. RJA. **10** 259) unterscheidet dann das KG., ob es sich um Mehrheitsbeschlüsse oder um Gegenstände handle, für die die Majorisierung auch nur eines Genossen ausgeschlossen sei (Sonderrecht!), im zweiten Falle sei eine Anfechtung überhaupt nicht nötig, es liege überhaupt kein Beschluß vor; **RG. 60** 409 stehe nicht entgegen. Ebenso KG. am 1. Juli 1910. Dagegen abweichend KG. am 18. November 1910. Es erklärt die Auffassung in KGJ. **34** A 196 für bedenklich für den Fall einer erhöhten Stimmenmehrheit und nicht für aufrechthaltbar; bleibt aber bei seiner Ansicht für Rechtsangelegenheiten,

auf die sich die genossenschaftliche Duldungspflicht nicht erstreckt (Sonderrecht). Sonderrechte sind nicht nur Vermögensrechte (Vetorecht!), § 51 ist in solchem Falle nicht anwendbar. Wegen des Beschlusses des OLG. Colmar hat das KG. die Sache dem RG. vorgelegt. **b**) Anmeldung der Statutenänderung. OLG. **22** 3 (Colmar 6. 7. 10). Grundsätzliches Recht des Registerrichters zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Zustandekommens des Beschlusses bleibt dahingestellt. Jedenfalls kein Übergehen der Ordnungswidrigkeit, wenn aus der vom Vorstande vorgelegten Protokollabschrift, also seinem eigenen Vorbringen hervorgeht, daß der Beschluß betr. Aufhebung der früheren und Einführung einer neuen Satzung entgegen § 16 Abs. 2 nicht mit Zustimmung aller Mitglieder gefaßt ist. **c**) BayObLG. (25. 6. 09), **10** 289, LeipzZ. **10** 237 Nr. 1, BayRpflZ. **10** 255, DJZ. **10** 771, R. **10** Nr. 195; OLG. **19** 342 = JDR. **8** § 16 II. Die Satzung einer landwirtschaftlichen Genossenschaft kann den Genossen Beschränkungen unter Androhung von Konventionalstrafen und Ausschluß in der Auswahl der Personen auferlegen, mit denen sie sich in Kaufgeschäfte über Grundstücke einlassen (Verkaufsanzeigepflicht, Genehmigung von Ankäufen durch Vorstand und Aufsichtsrat, Vorkaufsrecht beim Verkaufe). Solche Beschränkungen können auch im Wege einer Satzungsänderung auferlegt werden, gleichviel, ob die Satzung schon die Aufnahme solcher Beschränkungen vorsieht oder nicht. Im letzteren Falle muß zu der Willensentschließung der Generalversammlung auch die Zustimmung der einzelnen Genossen kommen, die den neuen Beschränkungen unterworfen werden sollen. Es ist nicht erforderlich, daß diese Zustimmung in einer Generalversammtung erklärt wird. Das Registergericht kann vor Eintragung der Satzungsänderung verlangen, daß die Zustimmung aller Genossen nachgewiesen wird. Unanwendbarkeit des § 51 GenG. Keine Stellungnahme zu RJA. **9** 34. Vgl. **RG. 36** 134, **37** 62, **47** 146, **60** 409, **62** 303, **68** 263. **d**) ZBlFG. **11** 444, R. **10** Nr. 3662, BayRpflZ. **10** 432 (BayObLG. 14. 10. 10). Voraussetzungen der Ablehnung der Eintragung einer Statutenänderung, wenn das bisherige Statut die Zustimmung aller Mitglieder zur Satzungsänderung erfordert, aber aus den eingereichten Sitzungsprotokollabschriften hervorgeht, daß von 364 Mitgliedern nur 44 anwesend waren und die Änderung (einstimmig) beschlossen haben Das Registergericht hat den Beschluß zu beanstanden, wenn aus der Anmeldung selbst hervorgeht, daß bei dessen Fassung gegen Gesetz oder Statut verstoßen ist. Der Mangel wird aber durch Unterlassung der Anfechtung geheilt (§ 51). Vgl. **RG. 60** 414 (abweichend RJA. **9** 34). **e**) RJA. **10** 259, FrankfRundsch. **44** 223 (KG.). Das KG. bestätigt weitergehend als das BayObLG. bei einer gleichen, Einstimmigkeit für Satzungsänderungen erfordernden Satzungsvorschrift die vorinstanzlichen Entscheidungen, die Eintragung einer Satzungsänderung abgelehnt haben, weil der Beschluß nicht erkennen lasse, ob das Erfordernis der Einstimmigkeit erfüllt sei, und weil dieser Nachweis dem Registerrichter erbracht werden müsse (vgl. ebenso KGJ. **34** A 196, RJA. **9** 34). § 16 Abs. 3 beschränkt den Registerrichter nur in der Prüfung der formellen Mängel (ordnungsmäßige Berufung, Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung, ordnungsmäßige Abstimmung sind nicht zu prüfen). Bei Verletzung materieller (gesetzlicher, statutarischer) Vorschriften liegt kein wirksamer Beschluß vor (? bei Nichtvorhandensein der erforderlichen Mehrheit). Hier jedenfalls konnte die Änderung nicht von der Mehrheit der Erschienenen, sondern nur von allen vorhandenen Genossen einstimmig beschlossen werden (Sonderrecht!). § 51 ist nicht anwendbar. **f**) FrankfRundsch. **44** 238 (Frankfurt). Eine neue Bierlieferungspflicht kann dem einzelnen Genossen nur mit seiner Zustimmung durch Satzungsänderung auferlegt werden. Keine Heranziehung zu weiteren Leistungen, als zu denen er sich nach Maßgabe der Satzung durch Beitritt verpflichtet hat. § 51 unanwendbar. **g**) Verhältnis zu § 75 s. **RG. 73** 402 zu § 75.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 18. Rechtsverhältnis der Genossenschaft und der Genossen. Grundsatz des zwingenden Rechtes. Freie Rechtssphäre der Genossen. **a)** S. § 16. **b)** SchlHolstAnz. **10** 182 (Kiel). Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) auf Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses (Statutenänderung) gerichtet wegen unbefugten Eingriffs in das Eigentum und die persönliche und gewerbliche Freiheit der Genossen: das sachlich und örtlich unbeschränkte Verbot des Milchabsatzes an Dritte ohne Ersatz und Fürsorge für anderen Absatz, insbesondere ohne Abnahmepflicht der Genossenschaft, ist ungültig. Dies auch dann, wenn der Beschluß nur dahin aufzufassen wäre, daß statt auf 20 l täglich beschränkter Lieferungspflicht eine auf alle Milch erstreckende eingeführt werden sollte (vgl. § 276 HGB., § 53 Abs. 3 GmbHG.). Es liegt aber nichts dafür vor, daß nicht bloß ein Verkaufsverbot, sondern auch eine Lieferungspflicht aller Milch hat ausgesprochen werden sollen.

§ 22. 1. Anteilsherabsetzung. KGJ. **38** A 179, RJA. **10** 175, ZBl. FG. **11** 89, OLG. **22** 4, R. **10** Nr. 2448 (KG.). Die Eintragung der Anteilsherabsetzung ist im Gegensatze zur Herabsetzung der Haftsumme (§ 133 Abs. 2) unmittelbar nach der Beschlußfassung zu veranlassen, der Ablauf des Sperrjahrs (§ 90) braucht nicht abgewartet zu werden.

2. Guthabenübertragung und -pfändung. **a)** Trotz § 66 s. KGBl. **10** 53 bei § 66. **b)** S. auch §§ 76 und 138.

3. Einzahlungspflicht; Aufrechnungsverbot. Anwendung im Liquidationsverfahren. **a)** OLG. **22** 10 (KG. 29. 5. 10). Die Anwendbarkeit des § 22 Abs. 3 im Liquidationsverfahren (Aufrechnungsverbot) wird bejaht. **b)** Dagegen OLG. **22** 11 (KG. 9. 2. 10) nur, „soweit sich aus dem Wesen der Liquidation nicht ein anderes ergibt", soweit es also für Zwecke der Liquidation nicht der Barzahlung bedarf.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

Allgemeines. Zulässige Organe s. **RG. 73** 406 (Genossenschaftsrat) s. § 27.

§ 24. Vertretung durch den Vorstand; stillschweigende Vollmachtserteilung durch ihn an andere Personen. SchlHolstAnz. **10** 205 (Kiel). Wenn der Vorstand es zuläßt, daß ein zur Annahme von Zahlungen und Ausstellung von Quittungen für die G. nicht berechtigter Privatangestellter des Kassierers Gelder annimmt und darüber Quittung leistet, so muß aus diesem Verhalten des Vorstandes auf die Ermächtigung zu solchen Geschäften geschlossen werden (auch außerhalb des Geschäftslokals).

§§ 24—26. Kollektivvertretung. Erweiterungen der Befugnisse einzelner Vorstandsmitglieder durch Statut oder Vollmacht des Vorstandes. Tragweite der Bescheinigung des Registerrichters. **a)** BayObLG. **10** 421, BayNotZ. **11** 160 (BayObLG.). Die Bescheinigung des Registerrichters (§ 26 Abs. 2) liefert nur Beweis für die Eigenschaft als Mitglied des Vorstandes, nicht auch für die Erteilung einer Vollmacht zum Kaufabschluß und zur Auflassung. Diese Vollmacht muß in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nachgewiesen werden (§ 29 GBO.). Durch Statutenbestimmung kann nicht jedem Vorstandsmitglied als solchem die Befugnis erteilt werden, bei Rechtsgeschäften gewisser Art für sich allein die Genossenschaft zu vertreten (§ 25 Abs. 1 Satz 3). Ausweg: § 42. **b)** Frankf. Rundsch. **43** 242 R. **10** Nr. 3832, (Frankfurt). Bei satzungsmäßiger Kollektivvertretung ist eine Erweiterung der Vertretungsbefugnis des einen Vorstandsmitglieds durch Vollmacht seitens des zweiten, welche sich weder auf ein einzelnes Geschäft, noch auf eine ihrem Inhalte nach näher begrenzte Geschäftsart beschränkt, ungültig.

§ 27. Anderes Organ: Genossenschaftsrat. a) **RG. 73** 406, JW. **10** 626 Nr. 27, LeipzZ. **10** 551 Nr. 32, SchlHolstAnz. **10** 298, R. **10** Nr. 2086. Zulässigkeit der Errichtung eines „Genossenschaftsrats" neben Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung gefolgert aus § 27 Abs. 2 („anderes Organ"), § 9 GenG. Es ist [in concreto] zu prüfen, ob die dem Genossenschaftsrate zugewiesenen Rechte mit den Vorschriften des GenG. über die Obliegenheiten von Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand vereinbar sind. b) Ebenso SchlHolstAnz. **10** 296 das vorangegangene OLG. Kiel.

§ 33. Umfang der Buchführungspflicht. LeipzZ. **10** 247, R. **10** II Nr. 1666 (Colmar). § 17 Abs. 2 GenG. und § 38 HGB.. Doch brauchen die Vorstandsmitglieder nur die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden, von ihnen können besondere kaufmännisch-technische Kenntnisse, wie sie zu einer vollkommenen kaufmännischen Buchführung gehören, nicht verlangt werden, vielmehr ist dem Bildungsgrade der Personen, um die es sich handelt, Rechnung zu tragen. Es kann ihnen nicht als Verschulden angerechnet werden, daß sie, ohne kaufmännische Kenntnisse zu haben, das Amt als Vorstandsmitglieder der G. angenommen haben. Auch kann von ihnen nicht verlangt werden, daß sie, statt die Bücher selbst zu führen, für Anstellung einer kaufmännisch gebildeten Kraft hätten Sorge tragen müssen, da dies bei dem geringen Umfange der G. und den unbedeutenden ihr zur Verfügung stehenden Geldmitteln ausgeschlossen war.

§ 34. Sorgfaltspflicht des Vorstandes. a) LeipzZ. **10** 247, R. **10** Nr. 1666 (Colmar). Sorgfaltsverletzung des Vorstandes durch Stellung des Konkursantrags ohne Unterbilanz und ohne genügende Prüfung: verneint bei Pfändung der Ladenkasse für Rückforderung einer Kaution infolge Zahlungsunfähigkeit. b) PosMSchr. **10** 17 (Posen). Verletzung der Sorgfaltspflicht des Vorstandes durch Darlehnsgewährung an ein Vorstandsmitglied ohne Sicherheit. Bei allen derartigen Genossenschaften ist es allgemein üblich, Darlehen regelmäßig nicht anders als gegen Sicherheitsleistung zu geben. Obwohl die im Statute vorgesehene Geschäftsordnung über Darlehnsgewährung nicht aufgestellt ist, mußte bei Kreditgewährung an ein Vorstandsmitglied ganz besonders vorsichtig verfahren werden. c) Geltendmachung von Gläubiger-Ersatzansprüchen durch den Konkursverwalter s. § 142.

§ 39. Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats. **RG.** R. **10** Nr. 2087. Die Vorschrift, daß der Aufsichtsrat ermächtigt sei, die Genossenschaft bei Abschließung von Verträgen mit dem Vorstande zu vertreten, betrifft nur die Vornahme des Vertragsabschlusses. Die Bestimmung des materiellen Inhalts der Verträge kann einem anderen Organ überlassen werden.

§ 42. Sonstige Bevollmächtigte und Beamte. a) Privatangestellte des Kassierers s. § 24. b) S. §§ 24—26.

§ 51. Anfechtungsklage. Anfechtungsgründe. a) Wegen Nichtvorhandenseins der erforderlichen Majorität und Verletzung von Sonderrechten s. § 16 und § 18. b) S. auch § 73.

Vierter Abschnitt. Revision.

Literatur: Havenstein, Die Revisionspflicht der Genossenschaftsverbände, JW. **10** 179 ff. — Vogler, Zur Frage der Haftpflicht des Revisionsverbandes, BlGenWes. **11** 11.

§§ 54 ff. Verbandsrevision. Havenstein, JW. **10** 179, verteidigt gegen Citron (JDR. 8 §§ 55 ff.) wiederum seine Ansicht, daß die Rechte der Verbandsmitglieder bezüglich der Revision reine Mitgliedschaftsrechte — keine auf Vertrag beruhenden und keine Sonderrechte seien, und daher bei schuldhafter Verletzung nicht in Schadensersatzansprüche übergehen könnten. Trotz des Wort-

lauts der §§ 56, 60 besteht keine Pflicht des Verbandes, durch seine Organe die Revision auszuführen (Entstehungsgeschichte), es würde dies sogar ungesetzlich sein.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 65. Voraussetzung des Ausscheidens. R. **10** Nr. 2088 (Frankfurt). Ist durch das Statut als Vorbedingung für den Erwerb der Mitgliedschaft die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Verein aufgestellt, so bewirkt der Fortfall dieser Vorbedingung bei einem Genossen nicht ohne weiteres sein Ausscheiden aus der Genossenschaft.

§ 66. Gläubigerkündigung. Guthabenpfändung. KGBl. **10** 53 (LG. I). § 66 regelt nur die Voraussetzungen des Kündigungsrechts des Gläubigers, bestimmt aber nicht, daß eine Pfändung und Überweisung des Guthabens nur nach fruchtloser Vollstreckung stattfinden darf.

§ 68. Ausschluß. Richterliches Prüfungsrecht. **a)** OLG. **22** 6 (Stuttgart). Entgegen **RG. 57** Nr. 34, OLG. **6** Nr. 78 a, SeuffA. **64** Nr. 224 wird mit Rücksicht auf vermögensrechtliche Interessen der Genossen die Ausschließung insofern für gerichtlich nachprüfbar erachtet, ob die im Ausschließungsbeschluß als erwiesen angesehenen Tatsachen einen gesetzlichen oder statutarischen Ausschließungsgrund ergeben. Der diese Tatsachen nicht ergebende Beschluß ist ungültig, eine Beweisaufnahme durch Zeugen keine sichere Grundlage. Erfordernis getrennter Abstimmung über verschiedene Anschuldigungen. **b)** SeuffA. **64** 469, R. **10** Nr. 200 (Braunschweig). Nachprüfung der sachlichen Begründung des Ausschließungsbeschlusses. Der Ausschließungsgrund braucht nicht ins Protokoll aufgenommen zu werden.

§ 69. Einreichung der Aufkündigung. Deutsche Sprache. RJA. **10** 208, KGJ. **39** A 133, OLG. **21** 55, ZBlFG. **11** 113, PosMSchr. **10** 16, R. **10** Nr. 2459, DJZ. **10** 769 (KG.). Beitrittserklärungen und Aufkündigungen sind als Erklärungen anzusehen, die für den geschäftlichen Verkehr zwischen den Beteiligten und den Gerichten bestimmt sind und gemäß § 8 RFGG. und § 186 GVG. den Vorschriften über die Gerichtssprache unterliegen, mithin in deutscher Sprache abgefaßt sein müssen.

§ 73. Auseinandersetzung mit ausscheidenden Genossen. 1. Bilanz. **a)** **RG.** LeipzZ. **10** 144 Nr. 36. Die Grundsätze **RG. 68** 1 und **32** 48 (keine Berufung auf nachträglich hervorgerufene Unrichtigkeiten der Auseinandersetzungsbilanz) gelten auch für die G. selbst, nicht bloß für den Genossen. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 314 Nr. 12 hält an **RG. 68** 1 fest: im Verhältnisse zwischen G. und ausgeschiedenem Genossen ist eine vorschriftsmäßig unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufgestellte und genehmigte Bilanz nicht wegen objektiv unrichtiger Bewertung von Forderungen und Schulden zu berichtigen. Eine Anfechtung wird nur bezüglich solcher Posten zugelassen, deren Einstellung in die Bilanz nach kaufmännischen Grundsätzen für eine offenbar irrtümliche erachtet, einem Rechnungsfehler gleichgestellt werden müßte (**RG. 32** 48). Auch **RG. 32** 91 steht nicht entgegen. Die statutarischen, für die Aufstellung der Bilanz in Betracht kommenden Bestimmungen dürfen nicht den gesetzlichen Vorschriften über die Bilanzziehung widersprechen. Die Einziehung der von **RG. 62** 303 später für ungültig erklärten Milchabgaben (-provisionen) war ein von der Generalversammlung beschlossener gültiger Bestandteil des Statuts, der, solange er nicht auf erhobene Anfechtungsklage für nichtig erklärt war, bei der Bilanzerrichtung berücksichtigt werden mußte. Hat der gleiche Irrtum des Genossen und der Genossenschaft (über die rechtliche Gültigkeit der Milchabgabe) zur Aufstellung der objektiv (durch Einsatz der Provisionen in die Aktiven) unrichtigen, für die Auseinandersetzung maßgeblichen Bilanz geführt, die dem Genossen einen materiell ungerechtfertigten

Vorteil zu Lasten der G. gebracht hat, so ist die Erleidung des Nachteils (Verlust der zu Unrecht gezahlten Provision) und die Erlangung des Vorteils (durch den Genossen), sowie Vermögensvermehrung und -minderung der G. auseinanderzureißen, um so weniger gerechtfertigt, als jedesmal beide Vorgänge durch das zwischen der G. und dem Genossen bestehende Rechtsverhältnis miteinander in engem rechtlichen Zusammenhange standen. Die G. ist nicht auf Kosten des Genossen bereichert. Vgl. compensatio lucri cum damno (**RG. 54** 140).

2. Heranziehung der Ausscheidenden zu Fehlbeträgen. SächsOLG. **31** 233, R. **10** Nr. 4028/9 (Dresden). Um einen ausscheidenden Genossen zum Verluste des letzten Geschäftsjahrs heranzuziehen, ist Nachweis der Überschuldung erforderlich. Vor dem Ausscheiden kann er zu einem Anteile des Verlustes eines Geschäftsjahrs nicht herangezogen werden; Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses auch ohne Anfechtung (§ 51).

§ 75. Rückgängigmachung des Ausscheidens. **RG. 73** 402, JW. **10** 586 Nr. 27, R. **10** Nr. 1832. Auch eine nach erfolgter Kündigung vor dem Ausscheiden (§§ 65, 70 Abs. 2) erfolgte Erhöhung des Geschäftsanteils (§ 16 Abs. 2) trifft den Genossen selbst dann, wenn sie in die Zwischenzeit zwischen dem Ausscheiden und einer späteren, aber noch innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 75 GenG. geschehenen Auflösung beschlossen wäre (**RG. 30** 37 und **RG.** 13. 10. 09, I. 424/08). Vgl. JDR. **8** § 75 I (JW. **10** 40).

§ 76. Guthabenübertragung. **a)** SächsRpflA. **10** 72 (Dresden). Übereignung von Geschäftsanteilen in gewisser Höhe für den Restkaufpreis eines Grundstücks: sie ist nach § 306 BGB. als unmöglich nichtig. Die Geschäftsanteile (vgl. §§ 7 Ziff. 2, 134, dagegen § 19 Abs. 1 Guthaben) sind als solche keine selbständigen Vermögensrechte und nicht abtretbar; wegen Abtretung des Guthabens s. §§ 73, 22 Abs. 2, 76, 138, (134, 137): nur bei gleichzeitigem Ausscheiden. Vgl. auch KG., RJA. **9** 177: keine Abtretung eines oder mehrerer der Anteile oder eines Teiles des Guthabens bei Verbleiben mit dem Reste in der Genossenschaft. Auslegung, daß statt der abgetretenen Anteile die Guthaben gemeint sind, und Anwendung des § 139 BGB. auf den Kaufvertrag. **b)** S. § 138.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit.

§ 88. Befugnis der Liquidatoren. **RG.** JW. **10** 842 Nr. 84, R. **10** Nr. 3273/4. Gültigkeit eines von den Liquidatoren abgeschlossenen Pachtvertrags über von Genossen der G. zu liefernde Milch; unerheblich ist ein Irrtum der Liquidatoren über die Zugehörigkeit des durch den Pachtvertrag verwerteten Gegenstandes zum Genossenschaftsvermögen, wenn also eine statutarische Milchlieferungspflicht der Genossen und entsprechend eine Milchannahmepflicht der Genossenschaft nicht bestanden hat. Das Verhältnis zwischen der G. und ihren Genossen berührt den Pächter nicht. — Gleichgültig wäre, ob der Anspruch auf Milchlieferung gegen die Genossen vor dem Milchpachtvertrag oder gleichzeitig mit oder in ihm oder erst nachträglich erfolgt wäre. — Auch wenn die Liquidatoren zu der Vereinbarung mit den Genossen nicht befugt sind, so kann der Pächter hierauf eine Einwendung gegen die Gültigkeit des mit ihm geschlossenen Vertrags nicht stützen.

§ 89. Pflichten der Liquidatoren. KGJ. **38** A 314 (Darmstadt) = JDR. 8 § 89. Die Liquidatoren einer Gen. mbH. sind nicht verpflichtet, zugleich mit der ersten Liquidationsbilanz die im § 33 Abs. 2 und § 139 bezeichneten Angaben über die Bewegung der Mitgliederzahl sowie des Gesamtbetrags der Geschäftsguthaben und der Haftsummen der Genossen zu veröffentlichen.

Siebenter Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§§ 98 ff. Einfluß des Konkurses auf die Einzahlungen. **a)** **RG. 73** 410, JW. **10** 763 Nr. 36, DJZ. **10** 1081, R. **10** Nr. 2906. Die Ge-

nossen sind nicht verpflichtet, die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Einzahlungen auf den Geschäftsanteil noch zu entrichten. Die Verpflichtung zur Einzahlung ist nicht unbedingt, sie trägt vielmehr nach dem Sinne des Gesetzes und der Satzung die Beschränkung in sich, daß die Einzahlungen nur für die Zwecke der ihren Betrieb fortsetzenden G. zu entrichten sind. Hierbei leiden die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes keine unmittelbare Anwendung, es macht sich indessen ein ähnlicher Rechtsgedanke geltend, wie er im BGB. § 323 (§§ 321, 610) Ausdruck gefunden hat. Die Rechte der auf ihre Sicherheit bedachten Gläubiger finden in Ansehung der Einzahlung auf den Geschäftsanteil ihre Grenzen in den Rechten, welche die G. selbst gegen die Genossen geltend machen kann (vgl. § 50), auch können die inneren Verhältnisse der G. die in der Satzung im voraus geregelte Einzahlungspflicht beeinflussen. Die Haftsummen (§ 131) bilden die eigentliche Sicherheitsreserve im Gegensatze zu anderen Vereinen (vgl. § 139). Wäre die Einzahlungspflicht von der Betriebsfortsetzung unabhängig, so müßte die Beendigung des Konkursverfahrens hinausgeschoben werden, bis sämtliche Geschäftsanteilsraten fällig wären. Eine Unbilligkeit gegenüber den Genossen mit vollen oder höheren Einzahlungen besteht nicht (höherer Gewinnanteil). **RG. 45** 106 widerspricht nicht, betrifft nicht die Einzahlung, sondern die Haftung mit der Haftsumme. Nicht in Betracht kommen die Urteile über satzungsmäßig zu vergütende Sachleistungen während der Liquidation. **b)** LeipzZ. **10** 329 Nr. 3 (Jena). Klage des Konkursverwalters einer e. G. mbH. auf noch nicht entrichtete Beiträge. Unstatthaftigkeit des Einwandes der Unzulässigkeit des Konkurses. Nach Auflösung der G. ist die Konkurseröffnung nicht von der qualifizierten Überschuldung des § 140 abhängig, auch wenn die Auflösung nicht ins Register eingetragen ist (**RG. 60** 414), § 98. In den Ersatzansprüchen gegen Liquidatoren (§§ 89, 34) besitzt die G. unverteiltes Aktivvermögen, mag auch die gesetzwidrige Liquidation tatsächlich zur Aufteilung des Vermögens geführt haben (Abs. 2 § 98). Bei der eG. ist nicht wie bei der AG. das Kapital Träger der Rechtspersönlichkeit, sondern die Mitgliedschaft in ihrer Gesamtheit. Die Genossen sind Dritte im Sinne des § 136 KO. Nach der mit dem Konkurs eingetretenen Auflösung beschränkt sich die Zahlungspflicht der Genossen auf rückständige Einlagen (**RG. 45** 155, JW. **99** 305). Der Konkursverwalter verdrängt die im Konkurse grundsätzlich weiter fungierenden Organe der G. insoweit, als er Zwangsvertreter des Gemeinschuldners ist, also für den ganzen Bereich der Verwaltung und Verwertung des Massenvermögens, daher Erlöschen der Befugnis der Generalversammlung zur Einlageneinforderung. Der Geschäftsanteil gehört weder selbst zur Haftsumme, noch verstärkt er sie in dem Sinne, daß die auf die einzelnen Geschäftsanteile noch nicht eingezahlten Beträge der Haftsumme der betreffenden Genossen hinzuzurechnen wären. Die Einlagen bilden bestimmungsgemäß das Betriebskapital (Vereinsvermögen), die Nachschüsse dagegen das Garantiekapital.

§ 101. Auflösung durch Konkurs; spätere Fortsetzung. KGJ. **39** A 135, RJA. **10** 193, ZBlFG. **11** 102, OLG. **22** 3, R. **10** Nr. 2454 (KG.). Nach Eröffnung des Konkurses und demnächstiger auf Antrag der Gemeinschuldnerin mit Zustimmung der Gläubiger erfolgten Einstellung des Konkursverfahrens kann nicht die Fortsetzung der Genossenschaft beschlossen werden (vgl. §§ 144, 307 HGB., § 60 GmbHG., aber § 116 GenG.). Löschung der unzulässigen Eintragung nach §§ 147 Abs. 3, 142, 147 Abs. 1 (Abs. 4) FGG.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

III. Für Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht.

§ 136. Beteiligung mit weiteren Anteilen. **RG. 73** 402, JW. **10** 586 Nr. 27, R. **10** Nr. 1834. Die gleichzeitige Beteiligung mit mehreren weiteren Geschäftsanteilen ist nicht unzulässig (**RG. 62** 309). Offen bleibt,

ob alle Geschäftsanteile, welche dem letzten vorhergehen, erreicht sein müssen. Sind aber sämtliche Anteile jedenfalls später voll eingezahlt, so ist eine Berufung auf die den Schutz der Genossenschaftsgläubiger bezweckenden Vorschriften der §§ 136, 137 (vgl. §§ 15, 70) zur Entlastung des Genossen zwecks Erlangung persönlicher Vorteile nicht statthaft.

§ 137. Erklärung über Beteiligung auf andere Anteile. **RG. 73** 402, JW. **10** 586 Nr. 27, R. **10** Nr. 1833, 1835. Ausreichend ist die Erklärung, „noch weitere 99 Stück Geschäftsanteile zu übernehmen". Ein genau bestimmter Wortlaut ist nicht vorgeschrieben.

§ 138. Guthabenübertragung bei mehreren Anteilen. OLG. **22** 7, ZBlFG. **10** 732, R. **10** Nr. 1005/6 (Braunschweig). Ebenso wie RJA. **9** 177, OLG. **19** 361 (KG.): Das Geschäftsguthaben kann, auch wenn der Genosse auf mehrere Anteile beteiligt ist, nur dem ganzen Umfange nach übertragen werden. Die mehrfache Beteiligung (§ 134) ist keine Beteiligung nach mehreren selbständigen Anteilen (§ 43 Abs. 2), sie führt weder zur Bildung mehrfacher Geschäftsguthaben, noch zur Teilbarkeit des Geschäftsguthabens (vgl. RJA. **6** 44, JDR. **7** und **8**).

§ 142. Gläubigerersatzansprüche. LeipzZ. **10** 247 Nr. 6, R. **10** Nr. 1666 (Colmar). Auslegung der Erklärung des Konkursverwalters, der auf Grund des § 34 gegen den Vorstand klagt: „er klage nicht für die eGmbH. als solche, sondern im Interesse der Gläubiger als deren Vertreter", nur dahin, daß seine Auffassung über die Rechtsstellung des Konkursverwalters zum Ausdrucke gebracht werden soll, nicht aber dahin, daß er nur Ansprüche aus § 142 erhebe. — Der Konkursverwalter der G. ist zur Geltendmachung der Ansprüche der G. und ihrer Gläubiger gegen den Vorstand (§ 142) legitimiert. An Stelle des Aufsichtsrats, der außerhalb des Konkursverfahrens gemäß § 38 die Prozesse gegen die Vorstandsmitglieder auf Grund eines Beschlusses zu führen hat, ist dazu jetzt der Konkursverwalter berufen, der einer Mitwirkung eines Organs des Gemeinschuldners nicht bedarf. Auch das Recht der Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Vorstandsmitglieder auf Grund des § 142 wird während der Dauer des Konkursverfahrens nur durch den Konkursverwalter ausgeübt.

IV. Für die Umwandelung von Genossenschaften.

§ 143. Allgemeines. Natur der Umwandlung. **RG. 74** 8, R. **10** Nr. 2722. Bei der Umwandlung einer G. m. unbeschr. H. in eine solche mit unbeschr. Nachschußpflicht oder einer von beiden in eine solche mit beschr. H. liegt Auflösung vor.

Zehnter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 157. Anmeldungen. LeipzZ. **10** 787, BayRpflZ. **10** 260, R. **10** Nr. 2052, 2060 (BayObLG.). Kein Beschwerderecht (§ 20 FGG.) der kommunalen Aufsichtsbehörde bei Ablehnung der von ihr beantragten Löschung einer ohne ihre Genehmigung beigetretenen Gemeinde in die Liste der Genossen. Vgl. im übrigen § 9 Abs. 2 Bek. v. 1. Juli 1899, §§ 142, 143 FGG.

Patentgesetz.

Vom 7. April 1891.

I. Literatur 1909, 1910. Allfeld, Grundriß des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1910. — Damme, Der Schutz technischer Erfindungen als Erscheinungsform moderner Volkswirtschaft. Berlin 1910. — Dernburg-Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes Bd. VI Abt. 2. Urheber-, Patent- rc. Recht. Halle 1910. — Goldschmidt, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. Halle 1909. — Gülland, Einführung in die zivilistische Praxis in Erfindungs- und Patentsachen mit besonderer Be-

rücksichtigung der Grundlagen des gewerblichen Rechtsschutzes nebst Aktenbeispielen. Berlin 1909. — Hellmann, Grundriß des deutschen Urheberrechts und Erfinderrechts für Studierende. München 1909. — A. Jost, Eine Anregung zur Internationalisierung des Patentwesens. Antwerpen. Wegen der vollständigen Unzulänglichkeit und des Wirrwars im heutigen internationalen Patentwesen fordert der Verf. die Errichtung eines internationalen Bureaus für Patentangelegenheiten. Alle Erfindungen sollen diesem Bureau vorgelegt und von einer internationalen Prüfungskommission auf Patentfähigkeit geprüft werden. Die erteilten Patente sollen dann in allen an der Konvention beteiligten Staaten gelten. Patentgebühren sollen nur an das internationale Bureau gezahlt werden. — Kohler, Lehrbuch des Patentrechts. Mannheim und Leipzig. — Kraetzer, Der Ausführungszwang im Patentrecht. Berlin 1910. — Landenberger, Die wichtigsten Bestimmungen der europäischen Patentgesetze. Leipzig 1910. — Ostwald, Erfinder und Entdecker. Frankfurt a. M., Literarische Anstalt, 1907. — Schanze, Das Kombinationspatent. 1910. — Scholl, Die Erfindung als Rechtsbegriff. Berlin 1909. — Seligsohn, Patentgesetz und Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern (4). Berlin. — Stephan-Lutter, Patentgesetz (4). Berlin. — Wassermann, Grundzüge des Patentrechts. Berlin 1910.

II. Allgemeines. Bolze, Aus dem Patentrechte. Festschrift der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig für die Universität Leipzig 1909. Verf. vertritt die Privilegientheorie. Er sieht das Patent deshalb als ein Privileg an, weil Erlasse, durch welche ausschließliche gewerbliche Berechtigungen (§ 4 PatG.) im Widerspruche zu dem gemeinrechtlichen Grundsatze der Gewerbefreiheit verliehen werden, Privilegien seien. Weiter weist Verf. darauf hin, daß dem Patentamt in der Würdigung der Patentfähigkeit ein so weiter Spielraum gelassen sei, daß die Erteilung eines Patents sich als der im Verwaltungsweg ergehende Erlaß eines Privilegiums darstelle. Einen weiteren Grund für seine Ansicht sieht Bolze darin, daß die Wirkung des Patents sich im Gegensatze zu anderen Privatrechten nur auf das Territorium des Deutschen Reichs erstrecke. Aus der Privilegiennatur des Patents leitet Verf. die Rechtfertigung der steigenden Patentgebühren, sowie den Ausführungszwang ab. Vgl. hierzu die kritischen Bemerkungen Osterrieths in seiner Besprechung des Bolzeschen Aufsatzes in GewRSchutz **09** 417. Verf. verlangt eine Änderung des Patentgesetzes dahin, daß der durch die Warnung des Patentinhabers von dessen Rechten benachrichtigte Gewerbetreibende auf seine Gefahr handelt, wenn er trotz der Warnung die betr. Handlung weiter vornimmt, und daß andererseits der Patentinhaber die Gefahr seiner Warnung trägt. Strengt die eine oder die andere Partei die Unterlassungs- oder die Feststellungsklage an, so müßte die unterliegende Partei zum Ersatze des Schadens oder entgangenen Gewinns verurteilt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie ein Verschulden trifft oder nicht. — Damme, Technische Erfindung und Technik des Erfindens. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 299. Verf. erörtert u. a. auch die Begriffe „Neuheit" und „Erfindung" und vertritt die Ansicht, daß, wenn auch im GebrMustG. das Wort „Erfindung" fehlt, doch der Begriff der „Neuheit" gleich dem im Patentgesetz ist: der Begriff des „erfinderischen Schrittes" sei jedesmal mitenthalten. — Denkschrift zur Reform des Patentgesetzes vom Vereine Deutscher Maschinenbauanstalten. Berlin 1909, Springer. — Hüfner, Die technische Ausbildung der Juristen. Vorschläge, um die Fähigkeit des Juristen zu erhöhen, den technischen Sachverhalt, insbesondere in Patentstreitigkeiten, zu erfassen, R. **10** 97. — Landenberger, Zur Theorie des Patentrechts mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Vorhandenseins von Geheimpatenten, GewRSchutz **09** 265; s. zu § 19. — Katz, Praktische Fragen aus der Rechtsprechung der Gerichte und des Patentamts, GewRSchutz **09** 65. — Kent, Wechselbeziehungen zwischen den gewerblichen Schutzrechten. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 15 ff. S. insbes. S. 16: Patent- und Gebrauchsmustergesetz. PatG. und Warenbezeichnungsgesetz S. 17. PatG. und BGB. (§ 826) S. 23. — Runkel-Langsdorff, Die Abgrenzung der Erfindung vom ästhetischen Schaffen, GrünhutsZ. **36**. — Seligsohn, Zur Reform des Patentrechts, DJZ. **09** 5. — Weihe, Anschauliches und begriffliches Denken, GewRSchutz **10** 12.

III. Abkommen zwischen dem Deutschen Reiche und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, betr. den gegenseitigen gewerblichen Rechtsschutz, v. 23 Februar 1909.

RGes. v. 23. Februar 1909, MSchutzuWettbew. **9** 193. 1. Das Abkommen findet auch auf „abgeleitete" Patente Anwendung. 2. Die Ausübungspflicht gemäß § 11 PatG. hört auf, wenn ein deutsches Patent auf einen Amerikaner übertragen wird. 3. „Angehörige der vertragschließenden Teile" („citizens") sind nicht nur physische, sondern auch juristische Personen. 4. Der Amerikaner ist von der Ausführung seines deutschen Patents auch dann befreit, wenn er kein korrespondierendes Heimatspatent besitzt. 5. Die Befreiung vom Ausführungszwang ist eine unbeschränkte und erstreckt sich daher auch auf ältere Patente,

auch auf solche, die innerhalb der im § 11 PatG. festgesetzten Frist nicht ausgeführt worden sind.

Alexander-Katz, Der deutsch-amerikanische Vertrag über Patente, Gebrauchsmuster, Muster und Modelle, DJZ. **09** 1243. — Derselbe, Zur Geschichte des deutsch-amerikanischen Sondervertrags, Mitt. v. VDP. **10** 52. — Benjamin, Zum deutsch-amerikanischen Vertrage v. 23. Februar 1909, ZIndR. **4** 229. Verf. befürwortet gegen Seligsohn (Komm. z. PatG. IV 529) eine engere Auslegung des Art. I dahin: Nur wenn der Amerikaner ein korrespondierendes Heimatspatent besitzt, soll er von der Ausübung in Deutschland befreit sein. — Hallbauer, Zu dem deutsch-amerikanischen Vertrage v. 23. Februar 1909, ebenda **9** 151. — Klöppel, Der deutsch-amerikanische Patentvertrag, GewRschutz **09** 365. — Mintz, Der deutsch-amerikanische Vertrag, Mitt. v. VDP. **10** 1.

IV. Literatur zur Frage der Sondergerichtsbarkeit in Patentsachen. Breslauer, Beitrag zur Frage der Sondergerichtsbarkeit, GewRschutz **08** 337. Für Sondergerichte. — Cahn, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Verhandlungen des 30. DJT. I 218, 302. — Degen, Gegen die Sondergerichte für Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908, Roßberg. Der Verf. bekämpft in eingehenden Ausführungen die neuerdings hervorgetretenen, auf die Einführung von Sondergerichten abzielenden Bestrebungen und schlägt zugleich Maßnahmen vor, durch die einzelnen nicht zu leugnenden Mißständen unschwer abgeholfen werden kann. — Heimann, Zur Frage der technischen Gerichtshöfe, GewRschutz **10** 197. Verf. spricht sich vom Standpunkte des Technikers gegen solche aus. — Isay, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? GewRschutz **10** 269. Verf. bejaht die aufgeworfene Frage. — Zu dieser Frage auch: Düringer, LeipzZ. **4** 664, der den Schwerpunkt derselben in der Bedeutung des Sachverständigen sieht und sich dagegen ausspricht, daß der Sachverständige aus der Stellung des Gehilfen des Richters herausgehoben und selbst zum Urteilsfinder gesetzt wird. — Klöppel, GewRschutz **10** 104. Für Sondergerichte. — Kohler, Ordentliche oder Sondergerichte in Patentsachen, JLBl. **21** 1. Gegen Sondergerichte. — Neumann, Sondergerichte auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, GruchotsBeitr. **53** 394. Gegen Sondergerichte. — Rathenau, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeite naus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Verhandlungen des 30. DJT. I 218, 302. — Derselbe, Die Patentsondergerichte auf dem 30. DJT., MSchutzuWettbew. **10** 2. — Schlesinger, Der Ingenieur in der Rechtsprechung und in der Verwaltung, HirthsAnn. **42** 247. Gegen Sondergerichte. — v. Schütz, Die Patentgerichte auf dem Leipziger Kongresse, GewRschutz **08** 299. — v. Stahl, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? Verhandlungen des 30. DJT. I 218, 302. — Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes. Jos. Kohler als Festgabe zum 60. Geburtstage von deutschen Praktikern zugeeignet. Berlin 1909. — Wertheimer, Parteivertretung und Zuständigkeit in gewerblichen Rechtsschutzsachen, JW. **09** 639. — Wirth, Zur Rechtsfindung durch gemischte Gerichte, GewRschutz, **08** 206. Für gemischte Gerichte. Vgl. hierzu Lengens, GewRschutz **08** 341.

§ 1. I. 1. Herse, Patentkategorien. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 65 ff. Verf. erörtert die Begriffe „Zusatzpatente", „Verfahrens"-, „Maschinen"-, „Erzeugnis"-, „Kombinations"-, „Abhängigkeits"-, „Pionierpatent".

2. Isay, Die Anordnung als Gegenstand der Erfindung. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 87. Verf. wirft die Frage auf, ob die allgemein übliche Einteilung der Erfindungen in drei große Kategorien (Verfahrens-, Erzeugnis- und Vorrichtungserfindungen) wirklich erschöpfend ist. Er verneint dieselbe, da es Erfindungen gibt, die unter keine dieser Kategorien subsumiert werden können, z. B. elektrotechnische Erfindungen, deren Gegenstand eine besondere Art der Schaltung ist. Da das Neue hier in der räumlichen Nebeneinanderordnung, in der räumlichen Beziehung der einzelnen Dinge oder Teile zueinander liegt, so stellen diese Erfindungen eine neue Kategorie dar; man könne von Erfindung an einer Anordnung sprechen. Vgl. hierzu Hüfner, GewRschutz **10** 285 ff.

3. Wirth, Die begriffliche Auffassung der Maschine. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 99 ff.

4. Teudt, Wann gelten technische Neuerungen als patentfähig? (Berlin 1910). Eine in gutem Sinne populäre Darstellung des derzeitigen Standes der Recht-

sprechung und Wissenschaft in der Frage der Unterscheidung zwischen patentfähigen Erfindungen und nicht patentfähigen Neuerungen.

5. Katz, Über die patentrechtliche Bedeutung des chemischen Zwischenprodukts, Zeitschr. für angewandte Chemie **23** 1549. Der Begriff „Zwischenprodukt" ist nur vom chemisch-technischen oder wirtschaftlichen Standpunkte verwendbar, nicht aber patentrechtlich. Das Verfahren zur Darstellung eines Zwischenprodukts muß, um Patentschutz genießen zu können, ein körperlich greifbares, selbständiges Erzeugnis liefern. Deshalb ist ein Stoff, der in der Reaktion entsteht und in derselben Reaktion schon sich wiederum zu einem anderen Stoffe wandelt, nicht patentfähig. Vgl. dagegen Kohler in Dernburg, Bürg. Recht V 236, Schanze, Das Teilverfahren im Patentrechte, MschutzuWettbew. **10** 73.

II. 1. **RG.** 21. 5. 09, LeipzZ. **09** 779. Der Regel nach ist die bloße Übertragung eines bekannten Arbeitsmittels auf ein neues Anwendungsgebiet keine Erfindung. Sie kann es aber nach Umständen des Falles sein, insbesondere dann, wenn der Übertragung technische oder gedankliche Schwierigkeiten entgegengestanden haben, oder ein neuer überraschender Erfolg erzielt worden ist.

2. **RG.** 2. 12. 08, R. **09** Nr. 589. In der bloßen Vermehrung oder Verstärkung bekannter technischer Mittel kann in der Regel etwas Patentwürdiges nicht erblickt werden.

3. **RG.** 19. 2. 10, LeipzZ. **10** 466, MschutzuWettbew. **10** 27. Auch in der Auswahl des geeignetsten von vielen zur Verwendung stehenden Stoffen kann unter Umständen eine patentwürdige Erfindung erblickt werden, wenn damit ein unzweifelhafter allseitiger Vorteil erzielt wird, der nicht durch anderweitige Nachteile aufgewogen wird.

4. **RG.** 16. 4. 10, LeipzZ. **10** 552, MschutzuWettbew. **10** 50. Die richtigere Abmessung der zu verwendenden Stoffe bei einem chemischen Verfahren kann grundsätzlich für sich allein noch nicht als Erfindung gewertet werden, zumal dann nicht, wenn mit der anderweiten Vielheitsbestimmung nicht etwa eine neue überraschende Wirkung erzielt, sondern gegenüber dem Bekannten nur etwas verhältnismäßig Besseres erreicht wird.

5. **RG.** 11. 12. 09, MschutzuWettbew. **9** 302. Trotz Erzielung eines gewerblichen Fortschritts kann ein patentwürdiger Erfindungsgedanke fehlen.

6. **RG.** 14. 3. 10, PBl. **10** 295, MschutzuWettbew. **10** 92. Ein Verfahren ist nicht patentfähig, wenn es gegenüber dem, was vorher bekannt war, zwar Neues, aber keine erfinderische Offenbarung enthält. Auch der Umstand, daß das neue Verfahren einen praktischen Vorteil mit sich bringt, begründet die Patentfähigkeit nicht, wenn das Verfahren dadurch keinen neuen erfinderischen Gehalt gewinnt. Wird nur ein allgemeiner Fingerzeig gegeben, der das Mischungsverhältnis ungefähr anzeigt, dagegen für die Richtigkeit der bestimmten Zahlenangabe nicht einsteht, so kann der Angabe der Verhältniszahl für die Mischung kein erheblicher praktischer Wert beigelegt werden, und es ist ausgeschlossen, daß darin die Offenbarung einer patentwürdigen Erfindung erblickt werden kann.

7. **RG.** 23. 10. 09, MschutzuWettbew. **9** 144. Eine patentfähige Erfindung kann darin liegen, Asbest, dessen Säurebeständigkeit bekannt ist, zur Verpackung von Säureballons zu benutzen, wenn die aus der Kostspieligkeit dieses Materials sich ergebende Schwierigkeit durch die besondere Art der Verwendung überwunden wird.

8. **PA.** 26. 11. 08, MschutzuWettbew. **8** 229. Eine patentfähige Erfindung liegt nicht darin, Körper, die durch Zusammentreffen mit anderen Körpern Schaden anrichten oder selbst beschädigt werden können, nachgiebig zu machen.

9. **RG.** 9. 1. 09, MschutzuWettbew. **9** 26. Wird bei einem bekannten Verfahren durch Vervollkommnung desselben ein technischer Fortschritt erzielt, so

kann ein Patent nur dann erteilt werden, wenn die zur Erreichung des Fortschritts benutzten Mittel in der Patentschrift so zum Ausdrucke gebracht werden, daß eine Abgrenzung gegen das Bekannte möglich ist.

10. PA. 11. 3. 09, PBl. **09** 278. Beim Bekanntsein des ursächlichen Zusammenhanges zweier Erscheinungen liegt in der Beseitigung der Ursache zum Zwecke der Verhütung der unerwünschten Wirkung keine schutzfähige Erfindung.

11. **RG.** 21. 5. 10, MschutzuWettbew. **10** 53. Eine patentfähige Erfindung liegt nicht vor, wenn der beabsichtigte technische Erfolg nicht eintritt.

12. PA. 25. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 208. Elektrisches Schaltverfahren kann eine Erfindung sein. Das Neue muß in der räumlichen Nebeneinanderordnung der einzelnen Dinge oder ihrer Teile, in ihrer räumlichen Beziehung zueinander liegen.

13. **RG.** 12. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 92. Konstruktive Anpassung — keine patentfähige Erfindung.

§ 2. I. 1. Hüfner, Wann ist eine elektrische Schaltung im Sinne des § 2 PatG. vorbenutzt, GewRschutz **10** 280. In der Elektrotechnik gibt es Schaltungen, welche zur Erfindungskategorie gehören, ferner solche, die zu den Verfahrenserfindungen zählen, und drittens solche, welche zwar nicht alle Merkmale der Verfahrenserfindungen an sich tragen, aber ihnen doch sehr ähnlich sind und deshalb rechtlich bei ihnen eingereiht werden müssen. Die Vorbenutzung einer einem wirklichen Schaltverfahren ähnlichen Schaltungsweise setzt nicht die erstmalige praktische Ausführung des Schaltgebildes voraus, vielmehr können schon vorher durch Feilhalten und Inverkehrbringen der Erfindung die Voraussetzungen der Benutzung im Sinne des § 2 PatG. begründet werden. Trägt aber eine elektrische Schaltung ihrem Wesen nach die Merkmale der Einrichtungserfindungen an sich, so setzt der Tatbestand der Vorbenutzung die praktische Ausführung der Schaltung voraus. Ist diese gegeben, so ist auch die Schaustellung oder Vorzeigung eine neuheitsschädliche Benutzung, falls damit ein Inverkehrbringen oder Feilhalten verbunden ist. (Vgl. Nr. II 9).

2. Rudolf Isay, MschutzuWettbew. **10** 79 ff. Die offenkundige Lieferung von Gegenständen, welche zur Anwendung eines neuen Verfahrens oder zur Herstellung einer neuen Anordnung bestimmt sind, ist neuheitsschädlich, sofern der Lieferant dadurch die Erfindung ausbeuten will. Denn darin liegt eine „mittelbare Erfindungsbenutzung" (vgl. zu § 4 PatG.).

3. Ephraim, Versuche als offenkundige Vorbenutzung. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 173 ff. Verf. vertritt unter Polemik gegen eine Reihe patentamtlicher Entscheidungen die Ansicht, daß auch Versuche eine offenkundige Vorbenutzung darstellen können.

II. 1. **RG.** 27. 11. 09, MschutzuWettbew. **9** 300. Eine offenkundige Vorbenutzung der Erfindung ist in einer Vorzeigung derselben dann nicht zu erblicken, wenn der Erfinder sie noch nicht als abgeschlossen hält und er sie nur vorzeigt, um ein sachverständiges Urteil über ihre Ausführbarkeit zu vernehmen.

2. **RG.** 9. 1. 09, ZIndR. **4** 174. Keine Vorbenutzung, wenn das Modell nur zu dem Zwecke hergestellt war, um die noch unfertige Erfindung auf ihre technische Wirksamkeit zu prüfen. — Auch das Vorzeigen von Modellen, die selbst noch keine Erfindungsbenutzung darstellen, ist nicht Erfindungsbenutzung.

3. **RG.** I. 16. 4. 10, MschutzuWettbew. **10** 50, LeipzZ. **10** 552. Das Inverkehrbringen eines Rezepts ist Benutzung der darin enthaltenen Erfindung im Sinne des § 2 PatG. Gewicht kann darauf, daß ein besonderes Entgelt für das Rezept nicht gefordert wurde, dann nicht gelegt werden, wenn die Mitteilung zu dem Zwecke erfolgt, daß das Rezept unmittelbar im Gewerbebetriebe der Empfänger verwendet wird, also nicht etwa bloß eine Mitteilung zu wissenschaftlichen Zwecken vorliegt.

4. PA. 11. 5. 10, MschutzuWettbew. **10** 70. Die Übersendung einer Zeichnung einer Glühlampenfassung und die briefliche Erläuterung des Modells behufs Preisanstellung stellt keine Benutzung gemäß § 2 PatG. dar.

5. PA. 5. 12. 08, DJZ. **09** 1149, R. **09** Nr. 3217. Die im PA. zur öffentlichen Einsicht bereitgestellten Gebrauchsmusterakten sind für Patentanmeldungen nicht neuheitsschädlich.

6. PA. 7. 5. 09, PBl. **10** 105. Eine Druckschrift kann nur dann eine neuheitsschädliche Wirkung ausüben, wenn aus ihr allein eine so eingehende Beschreibung der Erfindung zu entnehmen ist, daß danach die Benutzung durch andere Sachverständige möglich erscheint.

7. **RG.** 3. 1. 10, PBl. **10** 199. Unter Umständen vermögen schon mißglückte Versuche mit dem Gegenstande der Erfindung deren Wesen genügend zu offenbaren, um andere Sachverständige zu ihrer Benutzung zu befähigen, was etwa dann der Fall sein wird, wenn das Mißlingen bloß durch zufällige, aber erkennbare und erkannte Nebenbedingungen veranlaßt ist, welche die regelmäßig zu erwartende Wirkung ausgeschlossen haben.

8. **RG.** I. 27. 6. 08, Mitt. v. VDP. **08** 142. Die Patentschrift zu einem Vorpatente, die bei der Anmeldung des auszulegenden Patents noch nicht veröffentlicht war, kommt als Vorveröffentlichung für dieses Patent nicht in Betracht und ist folglich auch für die Bestimmung des Standes der Technik am Anmeldetag ohne Bedeutung.

9. PA. 25. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 208. Ein elektrisches Schaltverfahren ist keine Einrichtung; deshalb liegt in der bloßen, im gewerblichen Interesse erfolgten Mitteilung der Schaltung schon eine Benutzung im Sinne des § 2 PatG.; die tatsächliche Ausführung ist nicht erforderlich (s. Nr. I 1).

§ 3. I. 1. *Mittelstaedt, Das Recht des Erfinders. Festschrift der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig für die Universität Leipzig 227—243. Im Anschluß an die Beschlüsse des Stettiner Kongresses des Vereins für gewerbl. Rechtsschutz (1909) versucht die vorliegende Abhandlung das Erfinderrecht begrifflich zu entwickeln, indem die Analogie des literarischen und künstlerischen Urheberrechts herangezogen wird. Die Erfindung hat zwar in der Regel einen weniger persönlichen Charakter als ein literarisches oder künstlerisches Werk, gleichwohl aber besteht kein logischer Grund, sie als Rechtsgut anders zu behandeln. Nur insofern muß für die Gesetzgebung ein Unterschied zwischen dem reinen Urheberrecht und dem Erfinderrecht anerkannt werden, als die Erfindung nicht wie das Schriftwerk oder Kunstwerk sich in der Darstellung erschöpft, sondern ein reines Gedankenwerk ist, das, um Verkehrsgut zu sein, erst einer besonderen Fassung oder Festsetzung bedarf. Daraus folgt, daß das Anmeldesystem des geltenden Patentgesetzes unlogisch ist und nur dem Erfinder der Anspruch auf das Patent zustehen darf, daß aber im Gegensatze zu dem sonstigen Urheberrechte die Erfindung nicht schon als solche schutzfähig sein kann, weil es ihr an einer Verkörperung fehlt, daß vielmehr das System der Patentanmeldung und Patenterteilung zur Feststellung des objektiven Rechtsumfanges beibehalten werden muß. Ein Gesetz, das sich auf diesen Grundsätzen aufbaut, wird aber in scharfer Unterscheidung die Patenterteilung lediglich als Feststellung des objektiven Rechtes zu konstruieren haben, während subjektiv der Anspruch des Erfinders auf das Patent analog dem reinen Urheberrechte gesetzlich zu normieren ist. Die Abhandlung bezeichnet sich als Skizze, denn es konnten diese schwierigen, grundlegenden Fragen nicht in umfassender Weise erörtert werden, insbesondere nicht die schwierige Frage, ob die Erkenntnis, daß das Erfinderrecht reines Urheberrecht ist, nicht dahin führen muß, die Vorprüfung zu beseitigen in der Erkenntnis, daß der Wille des Urhebers der Erfindung für den Umfang des

Rechtes maßgebend sein muß, nicht aber die von dem Willen des Erfinders oft abweichende Ansicht des Patentamts.

2. Adler, Das Erfinderrecht nach österreichischem und deutschem Rechte, GoldschmidtsZ. **65** 200. Verf. versteht unter „Erfinderrecht" das unmittelbar aus der Hervorbringung der Erfindung für den Erfinder entspringende Recht. Er weist nach, daß, wenn auch das deutsche Patentgesetz den „Erfinder" überhaupt nicht nennt, den Anspruch auf das Patent dem ersten Anmelder zuspricht und gegen Anmeldungen Unbefugter nur den Erfindungsbesitzer schützt, aus dessen Beschreibungen, Zeichnungen 2c. der Inhalt dieser Anmeldungen entnommen worden ist, doch das deutsche Patentrecht (wie auch das österreichische) ein ausschließliches Recht des Erfinders auf das Patent für seine Erfindung anerkenne, und daß der Inhalt des Erfinderrechts sich in dem ausschließlichen Rechte auf das Patent erschöpfe.

3. Landenberger, Zur Frage der Nachprüfung der Priorität erteilter Patente, ZIndR. **4** 169. Verf. bekämpft die Ansicht des Patentamts, daß eine Anmeldeabteilung nicht befugt sei, den Anmeldetag eines erteilten Patents in dem Verfahren einer anderen Anmeldung nachzuprüfen und abzuändern.

Erfinderrecht der Angestellten. 4. Schanze, Die Etablissementserfindung, MschutzuWettbew. **9** 211, 240, 288. Gegenüber der herrschenden Meinung, die unter einer Etablissementserfindung eine Erfindung versteht, an deren Zustandekommen eine größere Zahl von Angestellten beteiligt ist, ohne daß ermittelt werden kann, wer Erfinder oder Miterfinder ist, und die deshalb eine solche Erfindung dem Geschäftsherrn zufallen läßt, vertritt Sch. die Ansicht, daß durch das Abstellen auf die Möglichkeit des Beweises der Erfinderschaft keine geeignete Unterlage für die Etablissementserfindung geschaffen werde, da ihr Tatbestand auf diese Weise zu eng begrenzt sei. Daß nachweislich keinem Angestellten ein Erfindungsverdienst zukomme, rechtfertige das Erfindungsrecht des Geschäftsherrn.

5. Cantor, Zur Frage des Erfinderrechts der Angestellten, ZIndR. **4** 109. Verf. gibt einen Überblick über das geltende Recht, erörtert die Abänderungswünsche, kritisiert die Beschlüsse des Karlsruher Juristentags und die Vorschläge der Patentkommission des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums für dessen Stettiner Kongreß (1909).

6. Dorst, Zu den Beschlüssen des Stettiner Kongresses für gewerblichen Rechtsschutz. Besprechung derselben ZIndR. **4** 133.

7. Wertheimer, Das Erfinderrecht der Angestellten auf dem Stettiner Kongresse für gewerblichen Rechtsschutz, LeipzZ. **09** 497. Verf. bespricht und kritisiert die auf diesem Kongresse gefaßten Beschlüsse ausführlich und macht Abänderungs- und Ergänzungsvorschläge.

8. Verhandlungen des Deutschen Reichstags über das Erfinderrecht der Angestellten v. 21. April 1909, StenBer. 8080 ff., auch GewRschutz **09** 202.

9. Wirth, Die Erfindungen Angestellter, Mitt. v. VDP. **9** 1. W. weist darauf hin, daß nicht nur, wie dies allgemein geschieht, die Patentierung der Erfindungen Angestellter in Deutschland, sondern auch die im Ausland und überhaupt jede Art der Nutzung einer Erfindung und einer Verfügung über dieselbe zu erörtern ist. De lege ferenda will W. unterschieden sehen zwischen dem Rechte der Verfügung über die Erfindung — er entscheidet sich für den Prinzipal — und dem Anteil an dem Nutzen der Erfindung — er akzeptiert die Regelung des österreichischen PatG.

10. Die Erfindungen Angestellter auf dem Stettiner Kongresse für gewerblichen Rechtsschutz, Mitt. v. VDP. **9** 74. Referat. Vorschläge.

11. Wirth, Beschränkte Vorprüfung, GewRschutz **10** 130, weist auf einen Widerspruch hin, in den die Großindustrie sich in ihrer Stellungnahme zur Frage der Vorprüfung und der Frage der Angestelltenerfindung verwickelt hat.

12. Voigt, Erfindungsschutz technischer Dienstnehmer, GewRschutz **09** 5. Auf dem Boden aus der Praxis gewonnener Erfahrungen erörtert Verf. die einschlägigen Fragen; er ist für Nennung des Namens des Urhebers der Erfindung ꝛc., tritt dafür ein, daß „beauftragte" Erfindungen Eigentum der Firma werden, Erfindungen, die außerhalb des vertragsmäßigen Arbeitsgebiets des Dienstnehmers liegen, sollen diesem gehören.

13. Dr. Carl Goldschmidt, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen (Halle a. S. 1909). Verf. kommt zu folgenden Resultaten: 1. Jedermann soll sowohl über bereits gemachte wie auch über noch zu machende Erfindungen, also auch im voraus, sowohl betreffs des Eigentumsrechts, wie auch über die Art und Höhe einer etwaigen Entschädigung frei verfügen können. 2. Mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung soll das Recht an der Erfindung stillschweigend auf einen anderen übergehen, insoweit als der Erfinder kraft seines Dienst- oder sonstigen Vertragsverhältnisses dem anderen zu einer Beschäftigung verpflichtet ist, in deren Bereich Gegenstand oder Verfahren von der Art des Erfundenen fallen. 3. Jeder Erfinder hat einen Anspruch auf Nennung seines Namens in der Patentschrift oder der Patentrolle. Auf dieses Recht kann niemand für künftige Erfindungen verzichten; diesbezügliche Vertragsbestimmungen sind ungültig.

14. Beschlüsse des Stettiner Kongresses (1909) des Deutschen Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums zur Frage der Regelung der Rechtsverhältnisse an den aus Anlaß eines Vertragsverhältnisses gemachten Erfindungen (Angestelltenerfindung). I. Das Patentgesetz ist dahin abzuändern, daß der Anspruch auf ein Patent oder Gebrauchsmuster dem erstanmeldenden Erfinder oder Rechtsnachfolger zusteht, wobei als Erfinder oder Rechtsnachfolger des Erfinders der erste Anmelder vermutet wird. II. Das Recht an der Erfindung einschließlich des Anspruchs auf das Patent ist grundsätzlich übertragbar. Eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit ist nicht zu empfehlen. III. 1. Ist eine Erfindung nicht von dem Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger angemeldet, so steht demjenigen, dessen mündlichen oder schriftlichen Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften, Einrichtungen oder Verfahren der Inhalt der Anmeldung ohne seine Genehmigung entnommen worden ist, neben dem Einspruche das Recht auf Übertragung des Anspruchs auf das Patent oder auf Übertragung des Patents zu. 2. Die Klage verjährt in drei Jahren nach Bekanntmachung der Anmeldung gemäß § 23 PatG. 3. Für die Klagen aus 1 und 2 sind die ordentlichen Gerichte zuständig. 4. Zieht der Anmelder im Falle der Klage die Anmeldung zurück, so kann der Erfinder die Anmeldung mit ihrer Priorität innerhalb einer Frist von drei Monaten, nachdem ihm die Zurücknahme bekannt geworden ist, aufnehmen. IV. A. Der Kongreß spricht aus, daß er es für undurchführbar und überaus nachteilig für die deutsche Industrie und zwar sowohl für die Unternehmer wie für die Angestellten selbst hält, einen Rechtssatz des Inhalts aufzustellen, wonach jedem Angestellten, der eine Erfindung macht, schematisch ein Recht auf „Gewinnbeteiligung" daran zustehe. B. Mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung soll das Recht an der Erfindung stillschweigend auf einen anderen übergehen, insoweit, als der Erfinder kraft seines Dienst- oder sonstigen Vertragsverhältnisses dem anderen zu einer Beschäftigung verpflichtet ist, in deren Bereich Gegenstand oder Verfahren von der Art des Erfundenen fallen. (Diese Bestimmung gilt mit folgender Maßgabe): Gehört die im Dienstverhältnisse gemachte Erfindung nicht zum Bereiche des Unternehmers, ist sie aber geeignet, in seinem Betriebe verwendet zu werden, so kann der Unternehmer eine freie Lizenz beanspruchen; wünscht er eine weitergehende Ausnutzung, so hat er den Angestellten angemessen zu entschädigen. V. Auch im Falle der Übertragung der Erfindung oder der Anmeldung der Erfindung durch einen anderen verbleibt dem nachweislichen Erfinder das unveräußerliche Recht, auf Verlangen in der Patentschrift und Patentrolle, sowie in der Gebrauchsmuster-

rolle als Erfinder bezeichnet zu werden. VI. 1. Mit Zustimmung des Anmelders ist der Name des Erfinders in der Patentrolle zu vermerken. 2. Der Erfinder kann sein Recht auf Namensnennung im Wege der Klage gegen den Anmelder bzw. gegen den eingetragenen Patentinhaber und gegen den fälschlich als Erfinder Bezeichneten geltend machen. 3. Die Klage verjährt innerhalb einer Frist von 3 Jahren vom Tage der Bekanntmachung der Erfinderbezeichnung.

15. Zimmerstädt, Über den Schutz des Besitzstandes noch nicht zum Patent angemeldeter Erfindungen, MschutzuWettbew. **10** 49.

16. Über die Bedeutung des § 18 UnlWG. für das Erfinderrecht, insbesondere zum Schutze von Erfindungen vor der Patentanmeldung vgl. Wertheimer, LeipzZ. **09** 293 ff., MschutzuWettbew. **9** 79 ff.

II. 1. PA. 7. 5. 09, PBl. **10** 4. Bei der Prüfung, ob eine angemeldete Erfindung Gegenstand eines älteren Patents ist, welches nur einen allgemeinen Anspruch enthält, ist auf Beschreibung und Zeichnung des älteren Patents einzugehen, auch wenn die Patentschrift als Vorveröffentlichung nicht in Betracht kommt. Ein derartiges Heranziehen von Beschreibung und Zeichnung bei der Identitätsprüfung gemäß § 3 Abs. 1 PatG. ist nicht bloß dann nötig, wenn der Anspruch des älteren Patents so unklar gefaßt ist, daß eine deutliche und zweifelsfreie Vorstellung von der Erfindung, die hat geschützt werden sollen, nur durch Einsichtnahme in die übrigen Unterlagen der Anmeldung gewonnen werden kann. Diese Heranziehung erscheint vielmehr auch dann zulässig, wenn ein allgemeiner Erfindungsgedanke geschützt ist und nun ermittelt werden soll, in welchem Umfange hierdurch besondere Ausführungsformen dieses Gedankens mitgeschützt sind. Zweifel nach dieser Richtung sind durch Prüfung der Beschreibung und Zeichnung des älteren Patents insofern zu beheben, als die darin zur Erläuterung des allgemeinen Gedankens angeführten Ausführungsbeispiele regelmäßig als solche Ausführungsformen der Erfindung zu gelten haben, für die der Schutz bereits mitbeansprucht und miterteilt ist, auch wenn es an einem besonderen Unteranspruche nach dieser Richtung fehlt. Bei Ermittelung der teilweisen Identität gemäß § 3 PatG. handelt es sich nicht um den Ausdruck des Erfindungsinhalts, sondern um das Wesen des Erfindungsschutzes, bei dessen Feststellung dem Patentamte gesetzliche Schranken hinsichtlich der Erkenntnisquelle nicht gezogen sind. — Vgl. aber PBl. **07** 175.

2. PA. 15. 4. 10, PBl. **10** 180. Macht der Patentsucher ein in der Beschreibung geschildertes, aber nicht beanspruchtes Erzeugnis, nachdem die Bekanntmachung beschlossen und bewirkt worden ist, zum Gegenstand einer neuen Anmeldung, so kommt dieser die Priorität der ersten Anmeldung nicht zu. Die bloße Offenbarung des Erfindungsgedankens dem Patentamte gegenüber hat an sich noch nicht die Bedeutung und Wirkung einer zivilistischen Anmeldung. Die Mitteilung einer Erfindung kann vielmehr nur dann die Wirkung einer zivilistischen Anmeldung haben, wenn sie zum Zwecke der Patentierung geschieht, d. h., wenn in irgendeiner Weise der Wille zum Ausdrucke gebracht wird, auf das Offenbarte ein Patent zu erhalten. Was daher die Offenbarung zur zivilistischen Anmeldung macht, ist der Patenterteilungsantrag. Insofern deckt sich die zivilistische und die rechtspolizeiliche Anmeldung. Hieraus folgt für die rechtliche Natur der sogenannten abgezweigten Anmeldung, daß nicht etwa zu der in der Stammanmeldung bereits enthaltenen bloßen Offenbarung der Erfindung eine vollständig neue rechtspolizeiliche Anmeldung, insbesondere erst ein Patenterteilungsantrag hinzutritt, sondern daß der in dem Stammverfahren bereits vorhandene Antrag auf Patentierung einer dort geoffenbarten Erfindung durch die „Neuanmeldung" lediglich diejenige prozessuale Vervollständigung erfährt, die ein selbständiges Leben des betreffenden Anmeldungsteils ermöglicht.

3. PA. 6. 5. 10, PBl. **10** 182. Es ist unzulässig, daß der Anmelder die bean-

sprüchte Erfindung nach dem Bekanntmachungsbeschluß unter Beibehaltung der alten Priorität von neuem anmeldet; vielmehr kommt dieser neuen Anmeldung ihre eigene jüngere Priorität zu.

4. **RG.** I. 3. 1. 10, PBl. **10** 192. Die Datierung erfolgt nach Maßgabe der ersten Anmeldung, wenn die Erfindung aus den ersten Unterlagen bereits zu entnehmen war, sollte sie auch in einer späteren Eingabe noch deutlicher zum Ausdrucke gebracht sein.

5. **RG.** I. 1. 2. 09, LeipzZ. **09** 315. Für die Frage der Abhängigkeit einer Erfindung von einem früheren Patent ist es unerheblich, daß erst durch die neue Erfindung die frühere, patentierte überhaupt ausführbar wird. Die behauptete Unausführbarkeit kann möglicherweise die Nichtigkeitsklage begründen. Aber solange das Patent besteht, kann ihm seine Wirkung nicht deshalb abgesprochen werden, weil es nicht hätte erteilt werden sollen.

6. SeuffBl. **10** 403, ZIndR. **4** 245 (München). Das Anstellungsverhältnis hat an und für sich auf die Frage, wem das Recht an einer Erfindung zusteht, keinen Einfluß; dem Erfinder werden seine Rechte durch das Anstellungsverhältnis nicht entzogen. Die Erfindung gehört also dem Angestellten, es müßte denn das Recht des Arbeitgebers ausdrücklich durch einen Dienstvertrag oder durch einen speziellen Vertrag begründet oder, wie aus dem Dienstverhältnisse zu folgern, stillschweigend vereinbart sein. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung können sich aus der Stellung des Arbeiters und der Art seiner Beschäftigung und insbesondere aus der Höhe seines Gehalts ergeben. Hiernach ist nicht entscheidend, ob in dem Angestellten infolge seiner Tätigkeit der Erfindungsgedanke entsteht, sondern ob er zufolge des Dienstvertrags verpflichtet war, auf Erfindungen der in Frage stehenden Art bedacht zu sein. Das wird regelmäßig anzunehmen sein für Ingenieure, die in einem Konstruktionsbureau, Chemiker, die in einem Versuchslaboratorium beschäftigt sind, u. dgl. Von anderen technisch gebildeten Arbeitern dagegen wird man zwar, wenn sie eine leitende Stelle haben, verlangen können, daß sie sich über die neuesten Erfindungen und Einrichtungen des Betriebs auf dem Laufenden halten und sie im Interesse des Betriebs zur Anwendung bringen; damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie vertraglich verpflichtet sind, auf Verbesserung der Fabrikationsmethoden durch selbständige Erfindungen bedacht zu sein.

7. ZIndR. **4** 44 (Düsseldorf). Solange H. bei der Klägerin als Ingenieur in der Konstruktionsabteilung für Wasserreiniger tätig war, durfte er nach der zu vermutenden Absicht der Beteiligten eine private Erfindungstätigkeit, deren Ergebnis ihm selbst verbleiben sollte, in bezug auf den Bau von Wasserreinigern nicht entfalten. Sie fiel in den Rahmen seiner dienstlichen Aufgabe als Konstruktionsingenieur, auch wenn sie nicht gerade in Ausführung eines bestimmten Konstruktionsauftrags entwickelt wurde, sofern er hieraus nur die Anregung empfangen hatte. Unter diesen Umständen ging aber, ohne Rücksicht, ob H. die Zeichnung in den Dienststunden und den Diensträumen oder während der freien Zeit in seiner Wohnung angefertigt hatte, das etwaige Erfinderrecht von H. ohne weiteres auf die Klägerin über und H. übte an der Zeichnung nur die tatsächliche Gewalt für die Klägerin aus.

8. PA. 4. 9. 09, Mitt. v. VDP. **09** 126. Es ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob eine Entnahme tatsächlich stattgefunden hat; nicht indes ist erforderlich, daß die Möglichkeit einer solchen ausgeschlossen ist. Denn eine Entnahme im Sinne des PatG. liegt dann nicht vor, wenn die angemeldete Erfindung selbständig ohne Kenntnis anderweiter in Frage kommender Mitteilungen zustande gekommen ist.

§ 4. I. 1. Rathenau, Der Umfang des Schutzrechts von Unteransprüchen, GewRSchutz **09** 291. Verf. kommt zu dem Ergebnisse, daß ein selbständiger Schutz von Unteransprüchen und Zusatzpatenten sich weder mit dem Wortlaute noch mit

dem Willen des Patentgesetzes, auch nicht mit der Absicht des Anmelders oder dem Willen des Patentamts vertrage.

2. Schanze, Die Tragweite von Patentunteransprüchen, LeipzZ. **10** 801. Das Resultat der Schanzeschen Untersuchungen ist: Unteransprüche genießen unabhängig vom Willen der patenterteilenden Behörde selbständigen Schutz, wenn dieser sich rechtfertigen läßt 1. durch den Satz, daß Kombinationsteile, die neu und von selbständiger erfinderischer Bedeutung sind, im Rahmen der Kombinationswirkung selbständigen Patentschutz genießen oder 2. durch den Satz, daß der Patentschutz anders wie der Patentgegenstand alle, auch die nicht im Patent angegebenen Brauchbarkeiten umfaßt.

3. Isay, Die Mitteilung geheimer Akten an die Prozeßgerichte durch das Patentamt, LeipzZ. **10** 721. Verf. vertritt den Standpunkt, die Gerichte dürften dem Antrag einer Partei, Akten einer zurückgewiesenen Patentanmeldung einzufordern, erst dann stattgeben, wenn die Partei die Einwilligung des Anmelders beibringt; das Patentamt muß ein derartiges Ersuchen eines Gerichts ablehnen, bis ihm diese Einwilligung nachgewiesen ist.

4. Über Äquivalenz vgl. Isay, Wesen und Auslegung des Patentanspruchs, Mitt. v. VDP. **09** 140 und dagegen Schanze, Der Wille des Patentamts und der objektive Stand der Technik, MschutzuWettbew. **9** 358.

5. Städel, Patentanspruch und Schutzbereich, Mitt. v. VDP. **10** 69.

6. Isay, Die Verletzung von Verfahrenspatenten durch den Verkauf von Apparaten, LeipzZ. **09** 108. Nach der Ansicht des Verf. kann das Feilbieten und der Verkauf von Apparaten zur Anwendung eines patentierten Verfahrens dann untersagt werden, wenn zu besorgen ist, daß die Käufer die Apparate in einer Weise gebrauchen, die objektiv eine Anwendung des patentierten Verfahrens darstellt.

7. Paul Alexander-Katz, Feilbieten und Inverkehrbringen, ZIndR. **4** 73. Verf. vertritt die Ansicht, daß schon die Übernahme einer entgeltlichen Bestellung auf eine Ware, welche den Gegenstand der Erfindung zur Anwendung bringt, während der Dauer des Patents einen Eingriff in das Patent enthalte. — In denjenigen Fällen, in denen sich das Patent auf Apparate und Erzeugnisse beziehe, sei ein „Feilbieten" auch ohne Besitz solcher Apparate und Erzeugnisse möglich.

8. Meinhardt, Chemische Patente in der Praxis der Gerichte, Zeitschr. für angewandte Chemie **32** 1492. Verf. erörtert mehrere allgemeine Fragen im Hinblick auf die Behandlung chemischer Patente.

9. Neubauer, Der Summensatz und seine Umkehrung, ZIndR. **5** 181. Verf. bekämpft die Richtigkeit des sog. Summensatzes, d. h. eine Kombination enthalte dann eine Erfindung, wenn die Wirkung der Verbindung über die Summe der Wirkungen der Einzelteile hinausgehe und seiner Umkehrung: Verbindungen bekannter Einzelteile stellen dann keine Erfindung vor, wenn die Gesamtwirkung die Summe der Einzelwirkungen nicht überragt.

10. Isay verneint die Frage: „Kann der Sachverständige im Verfahren betr. eine einstweilige Verfügung abgelehnt werden?" Mitt. v. VDP. **9** 45.

11. Schanze, Das Kombinationspatent (Berlin 1910). Schanze geht, entgegen der herrschenden Lehre, davon aus, daß der „spezifische Kombinationseffekt" kein unentbehrliches Merkmal der Kombinationserfindung sei; auch der bloßen Aggregation, wie auch der sog. Variation könne Erfindungscharakter zukommen. Neben das gewöhnliche Kombinationspatent trete das Totalitätspatent. Ein solches liegt nach Schanze vor, wenn nur eine Kombination von Elementen, die eine Erfindung darstellt, patentiert ist, durch das Patent aber auch die Elemente, einzeln oder mehrere zusammen, für sich allein im Rahmen der Kombinationswirkung geschützt werden. Eingehend wird der Unterschied zwischen

Gegenstand und Schutzumfang des Patents dargestellt und nachgewiesen, daß das Totalitätspatent mehr schützt, als patentiert ist. Aus diesem Unterschied ergibt sich nach Schanze, daß das Patentamt nur zu prüfen hat, ob der Gegenstand der Anmeldung eine patentfähige Erfindung darstellt oder nicht, daß also ausschließlich die Neuheit und der Erfindungscharakter des Anmeldegegenstandes der Entscheidung der Patenterteilungsbehörde unterliegt, daß dagegen die rechtlichen Wirkungen, die sich an die Erteilung des Patents knüpfen, ausschließlich der Prozeßrichter zu würdigen hat; deshalb kämen auch die Erklärungen des Anmelders im Erteilungsverfahren nur soweit in Betracht, als es sich um die Feststellung des Gegenstandes des Patents, nicht dagegen, soweit es sich um die darüber hinausreichende Tragweite des Patentschutzes handele.

12. Isay, Das Kombinationspatent, LeipzZ. **10** 881. Verf. kommt zu dem Resultate, daß innerhalb des gesamten Erfindungsgebiets im patentrechtlichen Sinne nur eine einzige Unterart von Kombinationen unterschieden werden könne, nämlich diejenigen, deren Elemente auch selbst Erfindungen seien. Diese mit einem besonderen Ausdrucke zu bezeichnen, sei nicht nötig. In keinem Falle dürfe aber für sie mit Schanze der Ausdruck „Totalitätserfindung" gewählt werden, um nicht Verwechselungen hervorzurufen. Dagegen gäbe es weder eine besondere Art von „Kombinationserfindungen", noch eine solche von „Totalitätserfindungen" in dem bisher in der Literatur verwendeten Sinne.

13. Schanze, R. **10** 365 ff. Die Frage, ob Kombinationsteile für sich allein geschützt sind, ist ausschließlich vom Gerichte nach dem objektiven Stande der Technik zur Zeit der Patentanmeldung zu entscheiden. Die vom Patentamt über diesen Punkt bei der Patenterteilung geäußerte Ansicht hat ganz wie ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten des Patentamts nur konsultative Bedeutung.

14. Rudolf Isay, Mittelbare Erfindungsbenutzung, MSchutzuWettbew. **10** 79 ff. Bei Verfahrens- und Anordnungserfindungen gibt es außer der unmittelbaren, im eigenen Betrieb erfolgenden Erfindungsbenutzung auch eine mittelbare, d. h. eine durch andere Personen vermittelte. Sie besteht darin, daß zwecks Ausnutzung der Erfindung diejenigen Gegenstände an andere geliefert werden, welche zur Anwendung des Verfahrens oder zur Herstellung der Anordnung nötig sind. Durch mittelbare Erfindungsbenutzung kann eine Patentverletzung begangen werden. Das ist der Fall, wenn jemand in der Absicht, die Erfindung auszubeuten, die Verfahrensmittel an andere liefert. Daß er sich in bösem Glauben befindet, also insbesondere den Schutzbereich des Patents kennt, ist nicht erforderlich (vgl. zu §§ 2 und 5 PatG.).

15. Rudolf Isay, Patentumfang und Analogieverfahren, MSchutzuWettbew. **8** 183 ff. Ein Analogieverfahren, dessen Endprodukt von dem Ergebnisse des patentierten Verfahrens nach den Anschauungen der Technik wesentlich verschieden ist, fällt nicht unter das Patent, auch wenn es keines Erfindungsgedankens mehr bedurfte, um aus dem geschützten Verfahren das Analogieverfahren abzuleiten. Anders nur dann, wenn der Erfinder des patentierten Verfahrens die anologe Anwendung seines Erfindungsgedankens mindestens als möglich vorausgesehen, also eine generelle Erfindung gemacht hat.

16. Rathenau, Die Geldspielautomaten und das Patentrecht, DJZ. **09** 1379. Das aus § 4 PatG. fließende Recht auf ausschließliche Benutzung der Erfindung beruht auf der Voraussetzung, daß der Patentinhaber auch selbst befugt sein muß, von dem Erfindungsgegenstande den bestimmungsgemäßen Gebrauch in vollem Umfange zu machen. Ist er durch eine Bestimmung des öffentlichen Rechtes, z. B. des Strafgesetzbuchs, hierzu nicht berechtigt, so entfallen sein Untersagungsrecht und Schadensersatzanspruch auf Grund des PatG. gegen Dritte. [Vgl. dagegen Kent, PatG. § 4 Nr. 46 und § 1 Nr. 350.]

17. Cantor, Patent- und Gebrauchsmusterschutz bei Benutzung des Erfindungsgegenstandes in Widerspruch mit deutschen Gesetzesvorschriften oder den guten Sitten, GewRschutz **10** 36. Die Ansicht Rathenaus hätte zur Folge, daß die Schutzrechtsverletzung des Zuwiderhandelnden konsumiert würde durch seine Zuwiderhandlung gegen eine Gesetzesvorschrift oder gegen die guten Sitten, welche durch den gleichen Benutzungsakt begangen wird. Nach R.s Ansicht träte eine qualitative Zerspaltung des Schutzrechts ein. Es komme aber lediglich darauf an, ob die Verwertung der zum Schutze angemeldeten Erfindung den guten Sitten oder Gesetzen zuwiderlaufen würde oder nicht.

18. Rudolf Isay, Der Rechtsschutz des Lizenzträgers, GewRschutz **09** 66 ff. Auch der Lizenzträger ist für Abhängigkeitsprozesse sachlich legitimirt (aM. LG. I Berlin, PBl. **07** 154 ff.). Doch kann in einem von ihm geführten Rechtsstreite stets nur festgestellt werden, ob die Lizenz von der fremden Erfindung, bzw. die fremde Erfindung von der Lizenz abhängig ist oder nicht. Ob auch zwischen dem Patent und der fremden Erfindung ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, wird in diesem Prozesse nicht entschieden.

II. 1. **RG.** 5. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 91. Der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung des Patents bildet den vornehmsten Auslegungsbehelf. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Patentschutz sich auf alles erstrecken soll, was nach der Tragweite der Erfindung zu jener Zeit zu schützen möglich war. Abweichende Äußerungen im Erteilungsverfahren, die nicht unzweideutig einen Verzicht enthalten, fallen demgegenüber nicht ins Gewicht.

2. **RG.** 9. 2. 10, MschutzuWettbew. **9** 203, PBl. **10** 157, JW. **10** 299 Nr. 37, Mitt. v. VDP. **10** 57. Der Patentanspruch hat in erster Linie den Zweck, den Gegenstand der Erfindung für den Techniker möglichst genau zu bezeichnen, nicht aber den daraus sich ergebenden Patentschutz nach allen Seiten genau abzugrenzen. In dieser Beziehung muß vielmehr manches der späteren Auslegung vorbehalten bleiben. Besonders ist es regelmäßig untunlich, bei Erfindungen, die durch eine größere Zahl von Merkmalen zu charakterisieren sind, schon im Stadium der Patenterteilung festzustellen, welche Merkmale für den Patentschutz unbedingt erforderlich sind und welche ausscheiden können, bzw. welche einzelnen oder Gruppen von Merkmalen für sich den Patentschutz genießen. Für die Erteilung des Patents genügt es, daß die Erfindung in der Verbindung sämtlicher Merkmale neu und patentwürdig erscheint, und die weitere Untersuchung über die Grenzen des Schutzes würde in der Regel nur zu einer nachteiligen Verzögerung der Patenterteilung führen. Der Anmelder kann im Zweifel den Schutz und nur den Schutz beanspruchen, der ihm nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung gebührt, ohne daß es — abgesehen von unzweideutig erklärten Verzichten und absichtlich verfügten Einschränkungen — wesentlich darauf ankommt, ob ihm selbst oder der patenterteilenden Behörde dieser Stand der Technik vollständig bekannt war.

3. PBl. **10** 318 (KG.). Der Satz, daß der Anmelder den Schutz beanspruchen kann, der ihm nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung gebührt, ohne daß es wesentlich darauf ankommt, ob ihm selbst oder der patenterteilen den Behörde dieser Stand der Technik vollständig bekannt war, läßt sich nur im Zweifel aufstellen. Er gilt namentlich da nicht, wo der Anmelder, insbesondere in Übereinstimmung mit dem Patentamte, den Schutzanspruch ausdrücklich auf eine ganz bestimmte konstruktive Anordnung eingeschränkt, also auf ein Mehr verzichtet hat.

4. **RG.** I. 23. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 98. Ergibt sich der Inhalt des Patents nicht klar aus dem Patentanspruche, so kann derselbe aus dem übrigen Inhalte der Patentschrift festgestellt werden.

5. Mitt. d. VDP. **9** 123 (Karlsruhe). Für die Auslegung des Patents sind aus

den Patenterteilungsakten ersichtliche Irrtümer des Vorprüfers und der Anmeldeabteilung unerheblich.

6. **RG.** I. 31. 12. 08, MschutzuWettbew. 8 243, Mitt. v. VDP. **9** 49. Der Satz, daß bei klarem Wortlaute des Patentanspruchs für die Auslegung des Patents kein Raum mehr sei, ist in dieser durchgreifenden Allgemeinheit von der Rechtsprechung des Senats nie anerkannt worden. Allerdings gilt als Leitregel, die Auslegung dürfe nicht dahin führen, „daß der Patentanspruch seiner gesetzlichen Bedeutung, dasjenige anzugeben, was als patentfähig unter Schutz gestellt werden soll, entkleidet wird". Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß, wie es die Praxis des Senats in zahlreichen Fällen angenommen hat, unter Umständen dem Wortlaute des Anspruchs gegenüber nicht nur eine einschränkende Auslegung geboten sein kann, sondern auch eine ausdehnende Auslegung gerechtfertigt ist. Für diese Auslegung werden nach Lage der Sache der übrige Inhalt der Patentschrift, der Verlauf des Erteilungsverfahrens, der Stand der Technik von Bedeutung sein. Für die ausdehnende Auslegung insbesondere gewinnen die beiden Gesichtspunkte Wichtigkeit, einmal, daß die geschützte Erfindung sich nicht in der konkreten Ausführungsform erschöpft, sondern nach Maßgabe des darin enthaltenen Erfindungsgedankens eine weitertragende Bedeutung haben kann, und sodann, daß vom Anmelder im Zweifel anzunehmen ist, er habe zum Patentschutze soviel anmelden wollen, als er nach der Tragweite der angemeldeten Erfindung unter Schutz stellen konnte. Bei dem Kombinationspatent genießt auch das einzelne Kombinationselement, falls es neu und erfinderisch ist, eines selbständigen Schutzes. Hierbei ist nicht erforderlich, daß sich der Wille der Erteilungsbehörde auf Verleihung dieses selbständigen Schutzes positiv feststellen läßt, vielmehr gilt dafür eine Vermutung, welche nur dann versagt, wenn — im Einzelfalle — ein sicherer Schluß auf das Gegenteil zu ziehen ist (vgl. hierzu Schanze, MschutzuWettbew. **9** 358). Das Einzelelement ist nicht für alle Verwendungszwecke geschützt, sondern nur soweit dadurch die Kombinationswirkung erzielt wird. Dies darf, wenn nicht die Selbständigkeit des Schutzes jeden Inhalt verlieren soll, nicht in dem Sinne verstanden werden, daß doch nur wieder die Verwendung des Einzelelements in der identischen oder einer wesensgleichen Kombination geschützt sei. Vielmehr muß es genügen, daß das Einzelelement in der gleichen funktionellen Bedeutung benutzt wird, die ihm in der Kombination zukommt. — Die Anmeldung der Kombination gibt für sich noch keinen genügenden Grund ab, um den Ausschluß des selbständigen Schutzes für das Einzelelement als gewollt anzusehen.

7. **RG.** 9. 2. 10, MschutzuWettbew. **9** 303, PBl. **10** 157, JW. **10** 299 Nr. 37, Mitt. d. VDP. **10** 57. Bei einer Kombinationserfindung ist durch Auslegung zu ermitteln, ob nur die Verbindung sämtlicher Merkmale den Patentschutz begründet, oder ob derselbe sich auf Gegenstände erstreckt, bei denen das eine oder das andere Merkmal fehlt. Hierbei sind nicht nur der Inhalt der Patentschrift und der Erteilungsakten, sondern vor allem auch der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung des Patents zu berücksichtigen.

8. ZIndR. **4** 19 (KG.). Bei einem Kombinationspatent ist eine Verletzung möglich: a) durch Benutzung einzelner Elemente, sofern diese an und für sich bei der Erteilung des Patents neu und schutzfähig waren, gleichviel, ob der Anmelder selbst die Schutzfähigkeit der einzelnen Elemente erkannt und ausdrücklich einen besonderen Schutz dafür begehrt hat oder nicht; b) durch Benutzung einer Verbindung einzelner (wenn auch nicht aller) Elemente, sofern nur auch diese Verbindung neu und infolge der Erzielung einer besonderen Kombinationswirkung schutzfähig ist. Vorausgesetzt dabei ist, daß nicht das Patentamt einen entgegengesetzten Willen klar zum Ausdrucke gebracht, also deutlich hat erkennen lassen, daß es nicht

ein einzelnes Element, auch nicht die Verbindung einzelner Elemente, sondern ausschließlich die Verbindung der sämtlichen Elemente habe schützen wollen.

9. **RG.** 5. 12. 08, ZIndR. **4** 126. Eine Nachahmung der unterscheidenden Merkmale auch ohne Nachahmung des Gattungsbegriffs (des Bekannten) stellt eine Patentverletzung dar. Eine Kombinationserfindung liegt auch in der Verbindung des Gattungsbegriffs mit dem an sich erfinderischen Charakter tragenden, kennzeichnenden Merkmale, falls das Patentamt einen Einzelschutz des kennzeichnenden Merkmals nicht ausdrücklich abgelehnt hat. Vgl. zu dieser Entscheidung Wirth, Unteransprüche, Kombination, Gattungsbegriff, Mitt. v. VDP. **10** 2, der den derzeitigen Standpunkt der Rechtsprechung dahin feststellt, daß der Unteranspruch genau dieselbe Stellung einnimmt, wie die einzelnen Kombinationselemente oder wie die zweite Stufe eines einzigen Anspruchs.

10. **RG.** 30. 12. 08, LeipzZ. **09** 315. Bei dem Kombinationspatent ist das Einzelelement nicht für alle beliebigen Verwendungszwecke geschützt, sondern nur soweit dadurch die Kombinationswirkung erzielt wird. Dies darf aber, wenn die Selbständigkeit des Schutzes des Einzelelements nicht jeden Inhalt verlieren soll, nicht in dem Sinne verstanden werden, daß doch nur wieder die Verwendung in der identischen oder wesensgleichen Kombination geschützt werde. Vielmehr muß es genügen, daß das Einzelelement in der gleichen funktionellen Bedeutung benutzt wird, die ihm in der Kombination zukommt.

11. **RG.** 30. 12. 08, R. **09** Nr. 1068. Bei dem Kombinationspatente genießt auch das einzelne Kombinationselement einen selbständigen Schutz, falls es neu und erfinderisch ist. Hierbei ist nicht erforderlich, daß sich der Wille der Erteilungsbehörde auf Verleihung dieses selbständigen Schutzes positiv feststellen läßt, vielmehr gilt dafür eine Vermutung, die nur versagt, wenn im Einzelfall ein sicherer Schluß auf das Gegenteil zu ziehen ist.

12. **RG.** Mitt. v. VDP. **09** 60. Die Herstellung von Teilen einer geschützten Kombination im Inland ist selbst dann statthaft, wenn sie in der Absicht geschieht, die Teile im Auslande zu der geschützten Kombination zusammenzusetzen. Was dabei im Inlande geschieht, ist erlaubt, und die Benutzung dieser Erzeugnisse im Auslande kann das inländische Patentrecht nicht beeinträchtigen.

13. **RG.** 5. 5. 09, PBl. **09** 306. Die Verneinung der Vorwegnahme, weil eine vorbekannte Konstruktion noch nicht die Erfindung, identisch oder in äquivalenter Form, enthalte, schließt nicht aus, daß diese Konstruktion doch, wenn sie mit dem erteilten Patente verglichen wird, in der geschützten Erfindung mit enthalten und in diesem Sinne äquivalent ist. Ist aus einer mehrgliederigen Kombinationserfindung ein Glied ausgelassen, so kommt es für die Frage der patentrechtlichen Äquivalenz lediglich darauf an, welche Bedeutung das ausgelassene Glied im Zusammenhange der Kombinationserfindung hat.

14. **RG.** I. 1. 2. 09, MschutzuWettbew. **8** 248. Für die Frage der Abhängigkeit ist es an und für sich gleichgültig, ob das beanspruchte neue Patent eine Erfindung darstellt oder nicht. Die Abhängigkeit wird auch dadurch nicht beseitigt, daß erst durch die spätere Erfindung die frühere durch Patent ausführbar wird. Die behauptete Unausführbarkeit konnte möglicherweise die Nichtigkeitsklage begründen. Aber solange das Patent besteht, kann ihm seine Wirkung nicht deshalb abgesprochen werden, weil es nicht hätte erteilt werden sollen.

15. ZIndR. **4** 284 (Bamberg). Die Abhängigkeitsklage setzt keine Verletzung des Patents voraus; es genügt zu ihrer Begründung eine Berühmung in bezug auf das betreffende Patentrecht. — Der Übergang von der Untersagungsklage auf die Abhängigkeitsklage ist immer zulässig; dagegen liegt in dem Übergange von der Abhängigkeitsklage auf die Untersagungsklage eine Klagänderung.

16. **RG.** 1. 2. 09, R. **09** Nr. 1070. Zwischen der unausführbaren Kon-

struktion eines erteilten, noch zu Recht bestehenden Patents und einer ausführbaren Konstruktion eines anderen kann sehr wohl Äquivalenz bestehen.

17. **RG.** I. 9. 10. 08, MschutzuWettbew. 8 84. Für die Frage, ob eine Patentverletzung vorliegt, kommt es allein auf den objektiven Sachverhalt, nicht auf die Absicht an. Eine äquivalente Nachbildung liegt dann nicht vor, wenn die betr. konstruktiven Teile nicht die ihnen im Rahmen der geschützten Kombination zukommenden Funktionen ausüben. Ein besonderer Schutz des einzelnen Kombinationselements läßt sich aus dem Kombinationspatente nicht schon dann ableiten, wenn das Element zur Zeit der Patentanmeldung nicht neu war, sondern dem Elemente muß auch eine eigene erfinderische Bedeutung zukommen.

18. **RG.** (Strafs.) **42** 357, PBl. **10** 8. Das Erzeugnis muß durch das patentierte Verfahren, ohne daß es im Anschlusse daran oder daneben der Benutzung eines weiteren Hilfsmittels, insbesondere eines weiteren Verfahrens bedarf, hergestellt sein. Dies schließt nicht aus, daß zur endgültigen Herstellung noch gewisse Maßnahmen an das Verfahren sich anschließen, die nur dazu dienen, das patentierte Verfahren weiter praktisch auszugestalten, falls trotz dieser Maßnahmen das Erzeugnis noch identisch ist mit dem durch das patentierte Verfahren hergestellten. Das Erzeugnis verliert daher auch im Falle einer Be- oder Verarbeitung oder Verbindung nicht notwendig und in allen Fällen seinen Schutz; wohl aber dann, wenn es zum unselbständigen Bestandteil einer zusammengesetzten Sache geworden ist, oder wenn es nur Rohstoff oder Halbfabrikat ist, aus dem die fertige Sache hergestellt wird, oder wenn es durch die Be- oder Verarbeitung diejenigen Eigenschaften ganz oder wesentlich wieder verloren hat, in deren Herstellung das Wesen des patentierten Verfahrens besteht. Von einem unmittelbar hergestellten Erzeugnisse kann in der Regel auch dann nicht die Rede sein, wenn es das Produkt eines aus dem patentierten und einem anderen Verfahren kombinierten Verfahrens ist, insbesondere, wenn es durch Verarbeitung des nach dem patentierten Verfahren hergestellten Stoffes mittels eines anderen Verfahrens gewonnen wird oder wenn lediglich an oder in dem Erzeugnisse sich Gegenstände als unselbständige Bestandteile befinden, die nach einem patentierten Verfahren hergestellt sind.

19. **RG.** 18. 3. 10, MschutzuWettbew. **10** 29. Wenn nach § 4 Satz 2 PatG. auch die durch das patentierte Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse selbst an dem Patentschutze teilnehmen, so ist das Wesen des Patents doch nicht nach diesen Erzeugnissen, sondern nach der Art des seinen Gegenstand bildenden Verfahrens zu bestimmen.

20. **RG.** (Strafs.) **42** 151, JW. **09** 340, R. **09** Nr. 2891. Ist durch ein Patent nur das Verfahren, Holzmehl zum Einstreuen beim Backen zu verwenden, geschützt, so verletzt das Patent, abgesehen von dem Falle der Patentanmaßung, nur der, welcher dies Verfahren anwendet, Holzmehl in der bezeichneten Weise verwendet, also im wesentlichen der Bäcker. Der Patentschutz umfaßt nicht ein ausschließliches Recht des Patentinhabers zur Herstellung oder zum Verkaufe des Holzmehls überhaupt. Selbst wenn Holzmehl an sich oder in der hier fraglichen Beschaffenheit nur zur Verwendung für Bäckereizwecke geeignet wäre, würde niemand zum Verkaufe der Erlaubnis des Patentinhabers bedürfen. Die Tatsache, daß der Patentinhaber für die Erlaubniserteilung willkürlich die Bedingung stellt, daß das zur Ingebrauchnahme seines Verfahrens erforderliche Holzmehl von ihm bezogen werde, vermag den Patentschutz nicht dahin zu erstrecken, daß kraft dessen von ihm Herstellung und Verkauf von Holzmehl, das zum Einstreuen in die Backgeräte Verwendung finden soll, verboten werden könnte.

21. **RG.** R. **10** Nr. 1024. Überläßt der Erfinder eines anzumeldenden Verfahrenspatents die Ausnutzung einem anderen mit der Verpflichtung beider Teile, das Verfahren nach Möglichkeit geheim zu halten und keiner dritten Person gegenüber

irgendwelche Mitteilungen zu machen, so bleibt dem Erwerber das Recht, das Patent oder die nicht patentierte Erfindung durch Abgabe von Lizenzen zu verwerten.

22. **RG.** (Strafs.) **42** 357, R. **10** Nr. 1204. Unmittelbar durch ein Verfahren hergestellt sind nur solche Erzeugnisse, die direkt durch das Verfahren unter Ausschluß eines weiteren Hilfsmittels, insbesondere eines weiteren Verfahrens, hervorgebracht sind. Nicht erfaßt vom Patente werden Gegenstände, die mit Stoffen zusammen verarbeitet werden, welche nach dem patentierten Verfahren hergestellt sind. Der Irrtum über den Begriff „unmittelbar" im § 4 PatG. ist ein strafrechtlicher. Das Erzeugnis des geschützten Verfahrens verliert seinen Schutz, nachdem es zum unselbständigen Bestandteil einer zusammengesetzten Sache geworden ist, oder wenn es durch die Bearbeitung oder Verarbeitung diejenigen Eigenschaften ganz oder wesentlich wieder verloren hat, in deren Herstellung das Wesen des patentierten Verfahrens besteht.

23. **RG.** 3. 2. 09, R. **09** Nr. 1208. Steht fest, daß eine patentierte Maschine unter Verletzung des Patentrechts in Benutzung genommen worden ist, so ist gegenüber dem Anspruch auf Unterlassung weiterer Benutzung der Besitzer der Maschine für seine Behauptung, daß er die unter das Patent fallenden Teile der Maschine durch andere unverfänglicher Art ersetzt habe, beweispflichtig.

24. **RG.** MSchutzuWettbew. **9** 142. Durch das Vermieten einer patentierten Maschine wird das Patentrecht an ihr nicht erschöpft. Wird aber die Maschine eingebaut und Bestandteil des Grundstücks, so kann der Patentinhaber jedenfalls dann keinen Entschädigungsanspruch gegen den Ersteigerer des Grundstücks im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend machen, wenn dieser ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, die Patentrechte seien erloschen.

25. **RG.** 9. 6. 09, LeipzZ. **09** 935. Die gewerbliche Verwertung einer Einrichtung und dementsprechend auch die V e r e i n b a r u n g ü b e r g e m e i n s a m e V e r w e r t u n g oder Beteiligung an den Erträgnissen wird an und für sich nicht dadurch hinfällig, daß das für die Einrichtung erlangte Patent vernichtet wird, sofern nur der Vertragswille der Kontrahenten ohne entscheidende Rücksicht auf den Rechtsbestand des Patents auf diese Verwertung und Beteiligung gerichtet war.

26. **RG.** 3. 10. 08, SörgelRspr. **09** 913. Wird einem Metallfabrikanten ein „Verfahren und Vorrichtung zur Formänderung von Metallkörpern durch Auswalzen mittels Kugeln" geschützt, so stellt sich die Benutzung von Maschinen zur Formänderung von Metallkörpern als Patentverletzung dar, wenn dieselben von den patentierten sich nur dadurch unterscheiden, daß bei ihnen statt der Kugel ein von der Kugelform abweichender Metallkörper als Druckorgan und statt einer besonderen Druckplatte ein zweites Werkstück verwendet wird.

27. **RG.** I. 30. 9. u. 7. 10. 08, SörgelRspr. **09** 914. Für die Frage, ob eine Patentverletzung vorliegt, ist es gleichgültig, ob derjenige, der die Erfindung in Benutzung nimmt, damit einen anderen Zweck verfolgt als denjenigen, der dem Patentinhaber bei der Patenterwirkung vorgeschwebt hat.

28. ZIndR. **5** 260 (Hamburg). Nach dem Grundsatze der Territorialität wird durch eine Verfügung über den Gegenstand der Erfindung das Patentrecht nicht verletzt, solange der Gegenstand der Erfindung sich nicht im Inlande befindet. Daher ist die Einführung von Mustern von Waren, deren Herstellung in Deutschland patentiert ist, aus dem Auslande zur Vermittlung von Geschäften vom Auslande nach dem Auslande zulässig. — Derjenige, der Proben einer Ware einem Kaufreflektanten aushändigt, ohne deren Rückgabe zu fordern und ohne sich für die Hergabe dieser Proben etwas zahlen zu lassen, gibt dieselben unentgeltlich fort, auch wenn er im Falle, daß der Empfänger der Proben später die Ware braucht, durch den Preis derselben einen Ersatz für die fortgegebene Probe miterhält; es liegt deshalb in einer derartigen Verbreitung von Proben kein „Feilhalten".

29. ZIndR. **4** 140 (KG.). „Gewerbsmäßig" ist jede nicht rein private Benutzung des patentierten Gegenstandes, z. B. Benutzung eines patentierten Reinigungsmittels zur Reinigung eines Geschäftslokals.

30. SächsRpflA. **09** 456 (Dresden). Der Gesellschafter einer GmbH., der sämtliche Geschäftsanteile erworben hat und die Gesellschaft mit einem anderen von ihm als Einzelkaufmann betriebenen Unternehmen wirtschaftlich vereinigt, begeht eine Patentverletzung, wenn er auf Grund eines seinem einzelkaufmännischen Geschäfte nach § 5 Abs. 1 PatG. zustehenden Vorbenutzungsrechts im letzteren Betriebe für die Gesellschaft einem anderen patentierte Maschinen herstellen läßt. Die GmbH. ist gegenüber dem einzelkaufmännischen Unternehmen als ein fremder Betrieb anzusehen.

31. **RG.** 9. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 133. Eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn statt der Feststellung, der Bekl. sei nur befugt, eine Erfindung in Gemeinschaft mit dem Kläger auszunützen, später die Feststellung verlangt wird, daß Kläger an den Erträgnissen der Patentausnützung zur Hälfte beteiligt sei.

32. **RG.** I. 11. 11. 08, LeipzZ. **09** 64. Die Urteilsformel ist keine genügend bestimmte, wenn dem Patentverletzer nicht die von ihm ausgeführte Patentverletzung nach ihren einzelnen Merkmalen verboten, sondern zur Kennzeichnung der Kontravention nur auf ein im Prozeß eingeholtes Obergutachten des Kaiserlichen Patentamts Bezug genommen wird.

§ 5. I. Rudolf Isay, MschutzuWettbew. **10** 79 ff. Das Vorbenutzungsrecht wird auch durch mittelbare Erfindungsbenutzung, d. h. durch die zwecks Ausbeutung der Erfindung erfolgende Lieferung von Verfahrensmitteln erworben. Ferner gewährt das Vorbenutzungsrecht ein Recht zur mittelbaren Erfindungsbenutzung: Wer nämlich die Erfindung schon vor der Anmeldung in jener Weise ausgebeutet hat, darf auch künftig die Verfahrensmittel vertreiben und seinen Abnehmern deren Benutzung, und insoweit also auch die Anwendung des patentierten Vrefahrens oder der patentierten Anordnung gestatten (vgl. zu § 4 PatG.).

II. 1. **RG.** (Strafs.) 5. 10. 09, PBl. **10** 113. Die Frage, ob das Vorbenutzungsrecht gemäß § 5 PatG. auch zugunsten dessen anzuerkennen ist, der die geschützte Erfindung nach der Anmeldung im Ausland, aber vor der auf Grund des Art. 4 UV. im Inland erfolgten Anmeldung in Benutzung genommen hat, wird aufgeworfen, aber nicht entschieden.

2. **RG.** 14. 11. 08, LeipzZ. **09** 235. Ein Vorbenutzungsrecht kann derjenige nicht in Anspruch nehmen, welcher die Erfindung widerrechtlich dem Verfahren des Patentinhabers entnommen hat.

3. **RG.** 6. 6. 09, R. **09** Nr. 2844. Eine Klage auf Feststellung des Rechtes gemeinsamer Ausnutzung einer Erfindung wird durch Nichtigkeitserklärung des Patents nicht gegenstandslos.

4. HessRspr. **10** 1 (Darmstadt). Der Vorbenutzungsberechtigte darf das Patent für seinen eigenen Betrieb herstellen und verkaufen, er kann aber nicht Teile eines Kombinationspatents selbst herstellen und verkaufen und dabei seinen Abnehmern auf Grund des Vorbenutzungsrechts gestatten, die fehlenden Teile der Kombination herzustellen und die fertigen Waren weiterzuveräußern. Er würde dadurch den Markt nicht für sich und den Patentberechtigten reservieren, sondern anderen Firmen die Konkurrenz ermöglichen.

§ 6. I. 1. Rudolf Isay, Der Rechtsschutz des Lizenzträgers, GewRschutz **09** 58 ff. Verletzt ein Dritter das Patent, so hat nicht bloß der Träger einer ausschließlichen Lizenz, sondern auch der Inhaber einer einfachen Lizenz das Recht, auf Unterlassung weiterer Störungen zu klagen, Schadensersatz zu begehren und Strafantrag zu stellen. Dies gilt nicht, wenn das Gegenteil im Lizenzvertrage vereinbart worden ist, oder sich aus den Umständen, insbesondere daraus ergibt, daß

der Lizenzträger nach Lage der Sache an der Verfolgung von Patentverletzungen kein Interesse haben kann. Ferner ist der Lizenzträger, von den erwähnten Ausnahmefällen abgesehen, auch für Abhängigkeitsklagen aktiv und passiv legitimiert (vgl. bei § 4).

2. P. Alexander-Katz, Inhalt des Patent-, Gebrauchsmuster-, Warenzeichenrechts, ZIndR. **5** 122. Verf. vertritt die Ansicht, daß das Patent- und Gebrauchsmuster an sich nicht die Berechtigung zum Gebrauche der Erfindung verleihen, sondern nur ein Verbietungsrecht gewähren. Er empfiehlt daher, bei Abtretung derselben zum Ausdrucke zu bringen, daß die in dem Patente oder Gebrauchsmuster beschriebene Erfindung abgetreten werde und zwar mit dem Patente und den Gebrauchsmusterinhaber bei Lizenzverträgen erklären zu lassen, daß die Anwendung der Erfindung gestattet werde.

3. M. Seligsohn, Die ausschließliche Lizenz im Konkurse des Lizenznehmers, Studien zur Förderung des gewerbl. Rechtsschutzes 281. Verf. befürwortet, die Rechtslage analog § 36 VerlG. zu entscheiden.

4. v. Ziegler, Befreit die Feststellung des Neuheitsmangels eines Gebrauchsmusters den Lizenznehmer von der Zahlung der bis dahin fällig gewordenen Lizenzabgabe? GewRschutz **09** 22. Die Natur des Lizenzvertrags, als eines mit positivem oder negativem Inhalt ausgestatteten Vertrags, ist nicht von grundlegender Bedeutung der Patentnichtigkeitserklärung auf die Lizenzabgabenpflicht. Die Tatsache der Gewährung der Erfindungsausbeutung und Ausschließung anderer davon bedingt diese Abgabepflicht vielmehr, sowohl weil der Lizenzgeber regelmäßig für den Rechtsbestand des Patentrechts keine Gewähr zu leisten hat, als auch, weil er nach den Grundsätzen des Pachtrechts bis zur Nichtigkeitserklärung seinerseits geleistet hat und darum einen Kondiktionsanspruch des Lizenznehmers wegen der bis dahin gezahlten Abgaben ausschließt.

II. 1. **RG.** 9. 11. 08, LeipzZ. **09** 147. Der Gegenstand eines Lizenzvertrags im eigentlichen Sinne besteht in der Erlaubnis zur Benutzung einer Erfindung. Es handelt sich dabei nur um ein persönliches Forderungsrecht des bezeichneten Inhalts. Der Lizenzerteiler haftet nicht für die gewerbliche Verwendbarkeit der Erfindung. Geht der Vertrag aber auf eine beschränkte Übertragung der Rechte aus einem Patente nach § 6 PatG., so liegt nach dem Vorgange des ROHG. **19** 406 die Auffassung näher, daß es sich um eine Verpachtung des Patentrechts handelt, so daß nach § 581 Abs. 2 Abs. 2 BGB. auf Fehler der § 537 Abs. 1 BGB. anzuwenden ist.

2. **RG.** 9. 11. 08, R. **09** Nr. 2845. Wenn ein Patentinhaber das ausschließliche Benutzungsrecht seines patentierten Verfahrens zur Färbung von Marmor und anderen Gesteinen für ein bestimmtes Land einem anderen überträgt und sich verpflichtet, dem anderen alle Rezepte und Vorschriften für die Fabrikation zu geben, so besteht für den letzteren ein Rücktrittsrecht regelmäßig noch nicht dann, wenn sich das Verfahren unter Benutzung der gelieferten Rezepte und Vorschriften für die Färbung großer Mengen von Kunststein als unbrauchbar erweist.

3. **RG.** 31. 3. 09, HoldheimsMSchr. **09** 265, LeipzZ. **09** 548. Eine für einen bestimmten Bezirk erteilte alleinige Herstellungs- und Verkaufslizenz gewährt dem Lizenznehmer ein positives, quasi-dingliches Recht, vermöge dessen er für den ihm überlassenen Bezirk befugt wird, die Erfindung an Stelle des Patentinhabers auszubeuten. Solche Lizenz ist mangels vertraglicher Beschränkung frei veräußerlich und berechtigt zur Erteilung von Unterlizenzen.

4. **RG.** 9. 6. 09, R. **09** Nr. 2844, MSchutzuWettbew. **9** 133. Eine Klage auf Feststellung des Rechtes gemeinsamer Ausnutzung einer Erfindung wird durch Nichtigerklärung des Patents noch nicht gegenstandslos. Denn der Umstand, daß keine patentfähige Erfindung in Frage steht, schließt die gewerbliche Verwertung der Einrichtung ebensowenig aus, wie eine Vereinbarung über deren gemeinsame Durch-

führung und die Beteiligung an den Erträgnissen, wenn der Vertragswille hierauf ohne Rücksicht auf den Rechtsbestand des Patents gegangen ist.

5. **RG.** 30. 12. 08, LeipzZ. **09** 309. Ohne Rechtsirrtum hat das OLG. in der Behauptung eines Patentschutzes, der tatsächlich nicht bestand, eine arglistige Täuschung erblickt, obwohl ein Gebrauchsmusterschutz vorlag. Insbesondere hat das OLG. auf Grund allgemeiner Erwägungen angenommen, daß Klägerin auf das zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits erloschene Patent Wert legte, und es ist keineswegs unzutreffend, wenn das OLG. hierbei auf die Erfahrungen des Geschäftsverkehrs hinweist, in welchem der Patentschutz viel höher bewertet wird als der Musterschutz.

6. **RG.** 23. 3. 10, R. **10** Nr. 2742. Der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz kann nicht verlangen, daß der Lizenzgeber ihn gegen Patentverletzungen Dritter schützt. Er ist als Träger einer ausschließlichen Lizenz zur selbständigen Erhebung von Patentverletzungsklagen berechtigt, und eine Verpflichtung des Patentinhabers, seinerseits gegen solche Verletzungen einzuschreiten, wäre nur bei besonderer Vereinbarung anzunehmen.

7. R. **10** Nr. 498 (Braunschweig). Ein für bestimmte Zeit geschlossener Lizenzvertrag kann nicht aus dem Grunde gekündigt werden, weil die Erfindung nicht nutzbringend gemacht werden könne. Ist der Lizenzvertrag für die Dauer des Patentrechts abgeschlossen, so endigt er mit dem Ablaufe der Zeit, für die er eingegangen ist, und kann, abgesehen von besonderen Gründen, nicht durch Kündigung zum Ablaufe gebracht werden. Dies gilt nicht nur nach BGB. §§ 581 Abs. 2, 564, 595 für den Fall, daß man den Lizenzvertrag als Pachtvertrag aufzufassen hat (vgl. dazu besonders **RG.** JW. **07** 136 Nr. 17), sondern nach allgemeinen Grundsätzen für alle Fälle. Ein besonderer Grund liegt aber weder nach den Grundsätzen des Pachtvertrags, noch sonst vor. Namentlich besteht kein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß ein Vertrag gekündigt werden könne, wenn er seinen Zweck verfehle. Der Vertrag könnte vielleicht angefochten werden, wenn der angebliche Irrtum in der Kalkulation sich ausnahmsweise nicht als bloßer Irrtum über den Inhalt der Erklärung darstellen sollte (vgl. dazu **RG.** R. **09** Nr. 2604).

8. LeipzZ. **09** 165 (Hamburg). Der Verkäufer eines Patents haftet in der Regel nicht für dessen Verwertbarkeit; denn diese ist keine Eigenschaft, welche der Verkehr in einem Patent ohne weiteres voraussetzt.

9. BayObLG. **10** 107. Überläßt ein Erfinder die Befugnis zur Benutzung seiner patentierten Erfindung einem anderen auf die Dauer des Patents und übernimmt er die Verpflichtung, dem anderen Teile die Verbesserungen mitzuteilen und zur Benutzung zu überlassen, die er an seiner Erfindung vornehmen wird, so erlischt mit dem Erlöschen des Patents nicht auch diese Verpflichtung. Ist in dem Vertrage bestimmt, daß im Falle der Veräußerung des Patents der jeweilige Patentinhaber an den Vertrag gebunden sein solle, so ist damit nicht vereinbart, daß der Veräußerer aus dem Vertragsverhältnisse gänzlich ausscheiden und nicht für Erfüllung der von dem Erwerber zu übernehmenden Verpflichtungen einstehen, auch die Verbesserung jener Erfindung nicht mehr dem anderen Teile, sondern nur dem Erwerber mitteilen soll.

§ 7. I. Tolksdorf, Bedeutung und Umfang des Zusatzpatents. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 157 ff. Verf. tritt der Ansicht entgegen, das Zusatzpatent sei ein Teil des Hauptpatents. Es unterscheide sich vielmehr von einem selbständigen Patente nur dadurch, daß es nicht gebührenpflichtig und in seiner Dauer von dem zugehörigen Patent abhängig ist. Vgl. dagegen Rathenau, GewRschutz **09** 297. Hierzu Tolksdorf, ZIndR. **4** 241.

II. PA. 17. 3. 09, MschutzuWettbew. **9** 151. Ein Patent kann nicht als Zusatz zu mehreren Patenten erteilt werden.

§ 8. 1. Herse, Zur Reform des Patentgesetzes, Mitt. v. VDP. **9** 149. Verf. tritt für Ermäßigung der Patentgebühren ein.

2. Paul Alexander-Katz, Fälligkeitstag der Patentgebühren, ZIndR. **4** 195. Reformvorschläge s. Heinemann, Mitt. v. VDP. **9** 46.

3. Georg Neumann, Die Lebensdauer der deutschen Patente, LeipzZ. **09** 931. Verf. kritisiert die Beschlüsse des Düsseldorfer Kongresses des deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums (1907) über die Regelung der Patentgebühren. Er macht dann seinerseits Reformvorschläge, die im wesentlichen darauf hinausgehen: dem Patentinhaber soll es überlassen bleiben, neben einer für jedes Patent zu zahlenden Grundgebühr entweder einen bestimmten Prozentsatz des aus dem Patente sich ergebenden Reingewinns oder eine sich jedes Jahr steigernde Zusatzgebühr zu entrichten.

4. Wertheimer, Patentrechtliches Armenrecht, GewRschutz **09** 341. Verf. regt an, die rudimentären Vorschriften des § 8 Abs. 4 PatG. dahin auszugestalten, daß für das Patenterteilungsverfahren eine einstweilige Stundung aller Gebühren, sowie die Beiordnung eines Patentanwalts im Falle der Mittellosigkeit des Patentanmelders erfolgen kann. Die Bedürfnisfrage wird eingehend geprüft und bejaht. Detaillierte Vorschläge (z. B. Gewährung der vorläufigen Gebührenfreiheit im Nichtigkeits- und Zurücknahmeverfahren, im Berufungsverfahren vor dem RG., Bestellung eines Patentanwalts schon vor der Anmeldung, nicht erst nach derselben usw.) werden gemacht und begründet.

§ 9. 1. Paul Alexander-Katz, Patentverfall ohne Verschulden des Anmelders, ZIndR. **4** 39. Verf. bespricht den Mißstand, daß häufig Patente unmittelbar nach ihrer rechtskräftigen Erteilung infolge Nichtzahlung der Patentgebühren verfallen, weil der Anmelder von der Fälligkeit der Patentgebühren keine Kenntnis hat. Er bekämpft die diesbezügliche Praxis des Patentamts. Dagegen:

2. Hüfner, ZIndR. **4** 205. Vgl. auch **RG.** 1. 6. 08, PBl. **08** 255.

§ 10. I. 1. Richard Alexander-Katz, Inwieweit ist die ZPO. auf den Prozeß wegen Nichtigerklärung und Zurücknahme von Patenten anwendbar? Studien zur Förderung des gewerbl. Rechtsschutzes 249. Verf. vertritt die Ansicht, daß die ZPO. unmittelbare oder entsprechende Anwendung nur insoweit finden kann, als sie im Patentgesetz und den Verordnungen vorgeschrieben ist. — Vgl. Hüfner, Ergänzungsentscheidungen im Patenterteilungsverfahren (GewRschutz **10** 101), der gegen Alexander-Katz polemisiert.

2. A. Seligsohn, Bilden formelle Mängel im Erteilungsverfahren einen Nichtigkeitsgrund? Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes (1909) 225. Verf. verneint die aufgeworfene Frage; er führt aus, daß andere Nichtigkeitsgründe als die im § 10 PatG. aufgeführten nicht anzuerkennen sind.

3. *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 212 f. Die Nichtigkeit nach § 10 Ziff. 3 ist durch die Verletzung des ausschließlichen Rechtes des Erfinders auf das Patent begründet.

II. 1. **RG.** 4. 11. 08, LeipzZ. **09** 315. Wenn ein Nichtigkeitskläger eine Klage nur im Auftrag und Interesse und zugleich auf Kosten eines anderen in einem Vorprozesse wegen Vernichtung des gleichen Patents abgewiesenen Klägers anstellt, so steht die Klage der Rechtskraftwirkung der früheren Entscheidung entgegen. Vgl. JW. **99** 11; **RG.** **59** 133.

2. **RG.** 9. 6. 09, LeipzZ. **09** 935. Die nachträgliche Vernichtung des Patents, über das gestritten wird, kann noch in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden.

3. **RG.** 25. 9. 09, LeipzZ. **09** 935. Der Kläger hat in erster Instanz vor dem Patentamte den Nichtigkeitsantrag nur auf PatG. § 10 Nr. 2 und 3 gestützt. Er kann daher in der Berufungsinstanz auch bei Verwertung des früher vorgetragenen Materials nicht mangelnde Neuheit der Erfindung geltend machen. Die Vorschriften

der ZPO. über die Klagänderung sind auf den Nichtigkeitsprozeß entsprechend anzuwenden. Die drei im § 10 Abs. 1 PatG. hervorgehobenen Fälle der Nichtigkeit stellen besondere Klagegründe dar.

4. **RG.** 5. 2. 10, MSchutzuWettbew. **9** 302. Bei dem Mangel der Neuheit infolge Vorveröffentlichung in öffentlichen Druckschriften ist zu prüfen, einmal, ob der Schritt von dem älteren zu dem neuen Verfahren (im engeren Sinne) erfinderisch war, d. h. ob er Denkoperationen erforderte, die nicht ohne erfinderische Intuition von einem Sachverständigen, auch wenn er sich eingehend mit den älteren Druckschriften beschäftigte und sie technisch durcharbeitete, zu erwarten waren, sodann, ob durch den bezeichneten Schritt ein die Patentierung rechtfertigender technischer Erfolg herbeigeführt wurde.

5. **RG.** 6. 10. 09, PBl. **10** 260. Der Mangel praktischer Ausführbarkeit begründet die Behauptung, die Erfindung sei noch nicht vollendet, und folgeweise die Vernichtung des Patents. Die Erfindung muß einen technischen Fortschritt enthalten, nicht nur auf eine allgemeine Idee sich beschränken, unter deren Benutzung möglicherweise von einem anderen ein gewerblicher Fortschritt herbeigeführt werden kann.

6. **RG.** 25. 9. 09, PBl. **10** 8, MSchutzuWettbew. **9** 195. Die Nachschiebung eines neuen Klagegrundes ist bei Nichtigkeitssachen in der Berufungsinstanz unzulässig. Die Vorschriften der ZPO. über die Klagänderung sind auf den Nichtigkeitsprozeß entsprechend anzuwenden; jedenfalls stellen die drei im § 10 Abs. 1 hervorgehobenen Fälle der Nichtigkeit besondere Klagegründe dar.

7. **RG.** 3. 1. 10, PBl. **10** 192. Der Satz, daß der Nichtigkeitsgrund des Neuheitsmangels keine Änderung erleidet, wenn an Stelle von Vorbenutzung hinterher Vorveröffentlichung behauptet wird, führt nicht dazu, daß die Klage in der Berufungsinstanz nach Ablauf der dem Kläger gesetzten Erklärungsfrist und der fünfjährigen Ausschlußfrist auf Druckschriften gestützt werden kann; auch von Amts wegen finden diese in solchen Fällen keine Berücksichtigung.

8. **RG.** 23. 1. 09, MSchutzuWettbew. **9** 245. Die Rechtskraft eines früheren die Nichtigkeitsklage abweisenden Urteils steht der Nichtigkeitsklage eines anderen Klägers dann entgegen, wenn dieser im Auftrag und Interesse und auf Kosten des früheren Nichtigkeitsklägers die neue Nichtigkeitsklage angestrengt hat.

9. PA. 7. 12. 08, PBl. **09** 205, DJZ. **10** 83. Entgegen der Rechtsprechung des **RG.** (vgl. die Entscheidungen PBl. **00** 386, **02** 113, **07** 2), nach welcher wesentliche Mängel des Erteilungsverfahrens, wozu besonders die Unterlassung der Bekanntmachung gerechnet wird, das Patent ipso iure nichtig machen, spricht sich PA. dahin aus, daß ein Patent nicht deshalb im Nichtigkeitsverfahren vernichtet werden kann, weil im Erteilungsverfahren ein formeller Fehler vorgekommen ist.

10. Zur Lehre von der Identitätsklage. **RG.** 5. 2. 10, MSchutzu. Wettbew. **9** 302. Der Begriff der Identität der Erfindung wird behandelt im PatG. § 3 Abs. 1 und im § 10 Nr. 2 und ist für beide Gesetzesbestimmungen derselbe. Er ist wesentlich verschieden von dem Begriffe der mangelnden Neuheit oder des mangelnden gewerblichen Fortschritts gegenüber einer älteren Erfindung, was dadurch bestätigt wird, daß gemäß § 28 Abs. 3 PatG. diese Nichtigkeitsgründe nur binnen einer Frist von 5 Jahren seit der über die Erteilung des Patents erfolgten Bekanntmachung geltend gemacht werden können, während die Identität noch später geltend gemacht werden kann. Es ist daher wiederholt vom RG. ausgesprochen worden, daß nach Ablauf der 5 Jahre auch die Entgegenhaltung von Patentschriften, welche genügen würde, die Nichtigkeitsklage aus § 10 Nr. 1 PatG. zu begründen, nicht ohne weiteres ausreicht, auch bei einer Klage aus PatG. § 10 Nr. 2 das angegriffene Patent zu Falle zu bringen. In dem Urteile v. 1. Februar 1905, I. 431/04, ist ausgesprochen, daß, wenn bei einer Einrichtung, die demselben Zwecke dient, wie eine vorher zum Patent angemeldete und patentierte, der Patentschutz ausdrücklich er-

teilt ist für gewisse Abweichungen in den Mitteln, die Klage aus § 10 Nr. 2 unbegründet ist, ohne daß es darauf ankommt, ob jene Abweichungen den Patentschutz rechtfertigen und ob nicht eine auf die Vorveröffentlichung gestützte Klage aus PatG. § 10 Nr. 1 deshalb Erfolg haben müßte, weil ein wesentlicher technischer Fortschritt nicht herbeigeführt wurde. In der Entscheidung v. 13. April 1908, Mitt. v. VDP. **08** 86, ist bei einer Kombination zwar anerkannt, daß die Identitätsklage trotz technischer Abweichungen begründet sein könnte, wenn durchgängige Äquivalenz der Einzelelemente mit denen des entgegengehaltenen Patents gegeben sei. Doch wurde diese Klage auch hier abgewiesen, weil bei Identität der Grundidee die Ausführung im einzelnen erhebliche Abweichungen zeigte und der Patentanspruch auf diese Abweichungen gerichtet war, wobei wiederum ausgesprochen wurde, daß es nicht darauf ankomme, ob der neueren Konstruktion gegenüber der älteren der Charakter einer patentwürdigen Erfindung zukomme. Diese Rechtssätze sind aufgestellt in Fällen, wo zugleich eine Veröffentlichung des älteren Patents und damit Anlaß gegeben war, die Nichtigkeitsklage aus PatG. § 10 Nr. 2 von derjenigen aus § 10 Nr. 1 abzugrenzen. Sie müssen selbstverständlich aber ebenso Anwendung finden, wenn die Klage aus § 10 Nr. 1 an sich noch zulässig wäre, sie sich aber auf die früher angemeldeten Patente mangels Vorveröffentlichung nicht stützen läßt. Auch hier wird zwar zur Begründung der Klage aus PatG. § 10 Nr. 2 absolute Identität der beiden Erfindungen, wie sie sich zunächst gemäß der Beschreibung und dem Anspruche darstellen, nicht zu erfordern, vielmehr die Ähnlichkeit innerhalb gewisser Grenzen mitzuberücksichtigen sein; nicht zu untersuchen ist jedoch, ob der Schritt vom älteren zum neueren erfinderisch war, sei es bezüglich der dazu erforderlichen Denkoperation, sei es bezüglich des technischen Fortschritts. Stehen sich zwei chemische Verfahren mit demselben Ausgangsmaterial und demselben Endprodukte gegenüber, von denen man das eine, obwohl es sich in zwei durch besondere Patente geschützten Phasen abspielt, wirtschaftlich und technisch als eine Einheit auffassen kann, so liegt Identität im strengen Sinne dann nicht vor, wenn die Mittel, mit denen, und die Art und Weise, wie mit ihnen das Endprodukt erzielt wird, verschieden sind. Es kann sich daher nur fragen, ob eine so weitgehende Ähnlichkeit der Mittel besteht, daß die Verfahren trotzdem technisch als identisch erscheinen. Dies wäre dann anzunehmen, wenn das neue Verfahren, obwohl es in den älteren Anmeldungen nicht direkt beschrieben ist, sich doch für Sachverständige ohne weiteres als äquivalent oder ebenfalls zum Ziele führend daraus ergibt. Sind jedoch für Sachverständige zunächst noch Untersuchungen erforderlich, um festzustellen, ob auch das neue Verfahren zum Ziele führt, so kann schon Identität nicht angenommen werden, wenngleich Neuheitsschädlichkeit vielleicht gegeben wäre, weil es nahe liegt, solche Untersuchungen anzustellen und man bei der weiteren Durcharbeitung der älteren Erfindung ohne erfinderische Intuition auf das neue Verfahren gestoßen sein würde. Hier kann nun von Identität auch im weiteren Sinne keine Rede sein.

11. **RG.** 21. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 94, handelt von der Identität zweier Erfindungen.

12. Bedeutung eines Anerkenntnisses im Nichtigkeitsprozesse s. § 28 Ziff. 2.

§ 11. I. 1. Schanze, Zur Lehre von der patentrechtlichen Ausführungspflicht, GewRschutz **10** 131. Sch. weist u. a. darauf hin, daß es technisch bedeutsame Erfindungen gibt, deren Ausführung wegen volkswirtschaftlicher und sozialer Hindernisse im öffentlichen Interesse nicht gefordert werden kann. — Für die Ausführungspflicht komme nicht nur der effektive, sondern auch der latente Bedarf in Betracht. — Die Erfüllung der Ausführungspflicht verlange regelmäßig die Herstellung der patentierten Erzeugnisse (Ausnahmen s. bei Gareis V 227; VI 253, 292). — Bedeu-

tung des Mietsystems; dasselbe stehe im Einklange mit dem öffentlichen Interesse (vgl. **RG.** in PBl. **13** 211). — Eine Ausführung, die der Nachfrage nicht entspräche, sei unzulänglich. — Zurücknahme könne bei nicht ausführbaren Erfindungen nicht erfolgen (vgl. dagegen **RG.** 6. 10. 09; unten Ziff. 3).

2. Kraetzer, Der Ausführungszwang im Patentrechte (Berlin 1910). Verf. erörtert zunächst die verschiedenen patentrechtlichen Theorien in ihrem Verhältnisse zum Ausführungszwang und schildert sodann die Stellungnahme der wichtigsten Patentgesetze zu demselben, sowie die Handhabung der betr. gesetzlichen Bestimmungen in der Praxis. Er kommt zu dem Resultate, daß im allgemeinen die Vorschriften über die Ausführung patentierter Erfindungen in den verschiedenen Ländern nur wenig und dann hauptsächlich nur in der Form voneinander abweichen. Der Zweck dieser Vorschriften, der Wille der verschiedenen Gesetzgeber sei aber fast überall deutlich dahin ausgesprochen, daß grundsätzlich eine Ausführung des Patents (Herstellung des Erzeugnisses, Anwendung des Verfahrens) im Inlande gefordert werden müsse, um der nationalen Industrie die Vorteile aus der patentierten Erfindung zuteil werden zu lassen. Die Frage der Zweckmäßigkeit des Ausführungszwanges bejaht Kraetzer; er erörtert des weiteren die Anforderungen, die an Art und Umfang der Ausführung zu stellen sind, sowie die Folgen der Nichtausführung.

3. Edwin Katz, Über den Ausführungszwang, GewRschutz **14** 190, befürwortet die Internationale Union für den Schutz des gewerblichen Eigentums dahin zu ergänzen, daß durch die Fabrikation in einem Verbandslande der Patentinhaber gegen den Verfall seiner Patente in anderen Verbandsländern wegen Nichtausführung derselben geschützt wird.

II. 1. **RG.** 18. 12. 09, PBl. **10** 116. Patente, die Amerikanern erteilt oder übertragen worden sind, unterliegen seit dem 1. August 1909 nicht mehr der im § 11 PatG. geregelten Ausführungspflicht. Gegenüber der Berufung auf das Abkommen zwischen dem Deutschen Reiche und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 23. Februar 1909 kann jedoch der Einwand durchgreifen, man habe das Patent nur zum Schein in amerikanische Hände gebracht, um ihm den Vorteil des Abkommens zu verschaffen.

2. **RG.** 15. 1. 10, PBl. **10** 233. Die Zurücknahme des Patents ist nicht gerechtfertigt, wenn der Patentinhaber den in einem Unteranspruch angegebenen Weg vernachlässigt und nur das im Hauptanspruche gekennzeichnete Verfahren ausübt. Schützt das Patent ein Verfahren zur Herstellung von Kunststein, so kann es zur Abwendung der Zurücknahme genügen, daß den Verbrauchern zwar nicht genau das nach dem Patente hervorgebrachte Erzeugnis, aber doch ein diesem gleichwertiges und aus verwandtem Materiale hergestelltes Erzeugnis durch den Patentinhaber zugänglich gemacht wird.

3. **RG.** 6. 10. 09, PBl. **10** 261, LeipzZ. **09** 78, MschutzuWettbew. **9** 196. Die Unausführbarkeit, Unbrauchbarkeit oder wirtschaftliche Unverwertbarkeit einer Erfindung rechtfertigt die Zurücknahme des Patents. Eine Erfindung ist unausführbar, wenn sich mit den zur Zeit der Anmeldung erkannten und kundgegebenen Ausführungsmitteln das in Aussicht gestellte Ergebnis und ein technischer Fortschritt nicht erzielen lassen. Verbesserungen, die ein anderer später zur Erreichung des Fortschritts vornimmt, können dem Patentinhaber nicht zugerechnet werden. Durch Ziff. 3 b des Zusatzprotokolls zum UV. ist der deutsche Rechtszustand nicht wesentlich geändert. Dem Patentinhaber können nur diejenigen Ausführungsmittel zugute gerechnet werden, welche der Anmelder zur Zeit der Anmeldung erkannt und kundgegeben hat. Sind bei ihrer Anwendung das in Aussicht gestellte Ergebnis und ein technischer Fortschritt nicht erzielt, so ist die Erfindung unausführbar oder unverwertbar.

5. **RG.** 20. 2. 09, **70** 321, R. **09** Nr. 1209, JW. **09** 194, ZIndR. **4** 188. Die Wirkung der Zurücknahme eines Patents besteht im Gegensatze zu der ex tunc wirkenden Erklärung der Nichtigkeit darin, daß das Patent mit der Rechtskraft der die Zurücknahme aussprechenden Entscheidung erlischt. Für die Vergangenheit ist die Zurücknahme auf die Rechte des Patentinhabers ohne Einfluß. Eine Klage auf Entschädigung wegen Patentverletzung, die vorher begangen ist, hat daher auch nach der Zurücknahme ihren Fortgang zu nehmen.

6. PA. 17. 12. 08, MschutzuWettbew. **8** 313. Die Zurücknahme des Patents wegen Nichtausführung der Erfindung im Inland ist nur dann auszusprechen, wenn ein öffentliches Interesse an der Ausübung im Inlande vorliegt. Für die Geltendmachung eines Privatinteresses ist in dem öffentlich-rechtlichen Zurücknahmeverfahren kein Raum.

7. **RG.** 20. 11. 09, PBl. **10** 9, MschutzuWettbew. **9** 193, LeipzZ. **4** 220. Veränderungen, die mit dem im Nichtigkeits- oder Zurücknahmestreite befangenen Patente vor sich gehen, müssen bei der Entscheidung, die grundsätzlich nach der zur Zeit der Urteilsfällung vorhandenen Sachlage zu treffen ist, berücksichtigt werden. Wird das Patent im Laufe des Verfahrens umgeschrieben, so kann der Rechtsnachfolger unabhängig von der Zustimmung des Gegners als Hauptpartei in den Streit eintreten. Kraft des deutsch-amerikanischen Staatsvertrags v. 23. Februar 1909 darf der im deutschen Patentgesetze vorgesehene Ausführungszwang nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn das Patent einem Bürger der Vereinigten Staaten oder einer dort domizilierenden rechtsfähigen Gesellschaft zusteht. Der Besitz eines entsprechenden amerikanischen Patents ist nicht die Voraussetzung für diese Befreiung von der Ausführungspflicht. Die Befreiung der Amerikaner greift für die schon vor dem Inkrafttreten des genannten Abkommens erteilten und auch für diejenigen Patente Platz, die damals schon über die im § 11 PatG. bestimmte Frist hinaus bestanden hatten, ohne ausgeübt worden zu sein; sie gilt auch für die damals schon anhängigen Zurücknahmeprozesse.

8. **RG.** 18. 12. 09, LeipzZ. **10** 297. Abkommen mit den Vereinigten Staaten v. 23. Februar 1909. Der Ausführungszwang ist der Gesetzgebung der Vereinigten Staaten fremd. Wie der Senat erst kürzlich in seinem Urteile v. 20. November 1909 (s. oben Ziff. 7) ausgesprochen hat, sind deshalb in Gemäßheit des Abkommens die Inhaber deutscher Patente, welche Angehörige der Vereinigten Staaten sind, von dem Ausführungszwange frei. Unter Angehörigen sind auch Handelsgesellschaften zu verstehen, welche ihren Sitz (Hauptsitz) in einem der vertragschließenden Staaten haben. Dabei ist es unerheblich, daß die jetzige Beklagte erst nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens Patentinhaberin geworden ist. Nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen hat sie schon seither fast alle Anteile der ursprünglich beklagten Gesellschaft besessen, so daß auch der Gesichtspunkt ausscheidet, sie habe nur zum Schein das Patent erworben, um für dasselbe die Vorteile des Abkommens zu erzielen. Ebenso ist es unerheblich, daß die jetzige Beklagte erst während des Zurücknahmeverfahrens das Patent formell erworben hat. Es fehlen infolge des seit Erhebung der Klage erfolgten Inkrafttretens des mehrfach erwähnten Abkommens die gesetzlichen Voraussetzungen, unter welchen gegenüber der derzeitigen Patentinhaberin im öffentlichen Interesse die Grundsätze des § 11 zur Anwendung gebracht werden dürfen.

9. Bedeutung eines Anerkenntnisses im Zurücknahmeverfahren s. § 28 Ziff. 2.

§ 15. Lutter, Die mündliche Verkündung einer Entscheidung im Patenterteilungsverfahren, GewRschutz **09** 15. Verf. kommt zu dem Resultate, daß die mündliche Verkündung einer Entscheidung im Patenterteilungsverfahren keine Rechts-

wirkung hat, daß sie vielmehr erst mit der Zustellung rechtliches Dasein erlangt und erst durch sie unabänderlich wird.

§ 16. 1. PA. 3. 6. 10, PBl. **10** 232. Die Festsetzung der Priorität kann nicht selbständig mit einer Beschwerde gemäß § 16 PatG. angefochten werden, sondern nur mit einer Beschwerde gegen die Entscheidung in der Sache selbst gemäß § 26 PatG.

2. PA. 31. 3. 10, PBl. **10** 179. Liegt zwischen dem angefochtenen Beschluß und der unbefristeten Beschwerde gemäß § 16 PatG. ein so großer Zeitraum, daß die Beschwerdeerhebung nicht mehr als Weiterverfolgung des abgewiesenen Antrags angesehen werden kann, so ist, da unterstellt werden muß, daß der Antragsteller sich bei der Ablehnung seines Antrags beruhigt und auf die Weiterverfolgung dieses Antrags verzichtet hat, die Beschwerde als verspätet zu verwerfen.

§ 17. 1. Landenberger, Die Öffentlichkeit des Verfahrens in Patentsachen, ZIndR. **5** 229, 241. Verf. kritisiert die derzeitige Praxis, das Verfahren in Patentsachen vor dem Patentamt als ein nicht öffentliches zu betrachten; er empfiehlt den Erlaß einer Kaiserlichen Verordnung dahin, daß nach der Bekanntmachung des Gesuchs das weitere Verfahren öffentlich sein solle.

2. du Chesne, Müssen in dem Verfahren vor dem Patentamte die Zustellungen an die Parteivertreter erfolgen? PA. hat in seiner Entsch. vom 9. Mai 1908 (PBl. **08** 182) diese Frage verneint. Rosenberg hat dagegen (ZIndR. **4** 49) polemisiert und ist zu dem Ergebnisse gelangt, daß die Zustellungen an die Parteivertreter erfolgen müssen. Verf. sucht die Auffassung Rosenbergs zu widerlegen und gibt eine vertiefte Darstellung der Gründe des patentamtlichen Beschlusses.

§ 18. ZIndR. **4** 283 (Bamberg). Das Gericht ist an das Gutachten des Patentamts nicht gebunden.

§ 19. I. 1. Poettloff, Geheimpatente, GewRschutz **10** 170. Verf. sucht nachzuweisen, daß Geheimpatente, die mit dem Wesen des deutschen Patentrechts in Widerspruch stehen, die Interessen des Reichs nur teilweise schützen, sie in manchen Fällen sogar direkt schädigen. Er schlägt daher vor, sie bei der Reform des PatG. abzuschaffen. Soweit ihnen bisher ein Nutzen zugesprochen werden konnte, schlägt er vor, dem Reiche die Möglichkeit zu eröffnen, sein Vorbenutzungsrecht dartun zu können, ohne bei etwaigen Klagen dem Gegner einen Einblick in den betr. Betrieb gestatten zu müssen.

2. Landenberger, Zur Theorie des Patentrechts mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Vorhandenseins von Geheimpatenten, GewRschutz **14** 265. Verf. spricht sich für die Beseitigung der sog. Geheimpatente aus; er weist nach, daß diese Sonderrechte keine Bedeutung haben, bezeichnet es auch als einen unerwünschten Zustand, daß solche aus dem allgemeinen Rahmen herausfallende Sonderrechte existieren.

3. Rosenthal, Zur Auslegung des § 19 Abs. 2 PatG., GewRschutz **09** 346. Verf. bespricht die Entscheidung des Reichsgerichts I. vom 30. November 1907 (**RG. 67** 176), die unter Aufgabe der früheren Praxis (vgl. auch **RG.** [Straff.] **11** 266) den Standpunkt vertritt, der nicht in die Patentrolle eingetragene Rechtsnachfolger des eingetragenen Patentinhabers sei nicht nur dem Patentamte gegenüber nicht legitimiert, sondern auch nicht für die gerichtliche Geltendmachung der aus dem Patentgesetze sich ergebenden Rechte und Pflichten. Er weist auf gewisse unerfreuliche Konsequenzen derselben hin.

II. 1. PA. 4. 1. 09, ZIndR. **4** 28 (vgl. Ausführungs-Verordn. § 29). Ein Anspruch des Patentinhabers auf Mitteilung des Namens des die Erteilung einer Abschrift der Patentakten Beantragenden besteht nicht.

2. PA. 10. 1. 10, MschutzuWettbew. **9** 324, PBl. 15 132. Eine Änderung in der Person des Patentinhabers liegt dann vor, wenn das Patentrecht oder ein quotitativer Teil hiervon, sohin das Eigentum oder das Miteigentum des Patents, auf einen anderen übergeht, nicht dagegen, wenn das Patentrecht nur in qualitativer Beschränkung übertragen wird. Eine qualitativ beschränkte Übertragung des Patentrechts steht dann in Rede, wenn der Patentinhaber nur einzelne der im § 4 PatG. angeführten Befugnisse, z. B. das Gebrauchs- und Herstellungsrecht, einem anderen eingeräumt hat. Eine Änderung in der Person des Inhabers ist auch dann in der Rolle zu vermerken, wenn sie nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte gelten und von da ab der Veräußerer wieder Inhaber werden soll.

3. PA. 28. 6. 09, PBl. **09** 257. Der Anmelder einer Erfindung, welche nach Ansicht der prüfenden Stelle im Patentamte sich mit einer durch ein militärisches Geheimpatent geschützten Erfindung ganz oder teilweise deckt, hat keinen Anspruch auf Vorlage der das Geheimpatent betreffenden Unterlagen.

4. **RG.** 20. 11. 09, LZ. **10** 220. Der Grundsatz des § 265 Abs. 2 ZPO. kann im patentrechtlichen Verfahren keine Anwendung finden. Die Berücksichtigung des allgemeinen öffentlichen Interesses, auf der das Verfahren beruht, erfordert die Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände, auch einer Veräußerung des im Streite befangenen Patents. Verteidiger des mit Nichtigkeits- oder Verwirkungsklage angefochtenen Patents ist grundsätzlich, wen die Patentrolle als Inhaber ausweist. Der Antrag richtet sich nicht gegen eine vom Kläger zu bezeichnende Person, sondern gegen das Patent selbst, § 28 PatG.

5. PA. 18. 9. 08, MschutzuWettbew. **9** 177. Wenn auch für eine im Ausland abgegebene Übertragungserklärung die Form des dortigen Rechtes genügt, so muß doch daran festgehalten werden, daß diese Form vollen Beweis erbringt, sie darf nicht unzulänglich sein. Es besteht nicht die geringste Veranlassung, eine ausländische Urkunde milder zu beurteilen, als eine von einem deutschen Notar ausgestellte. Der deutsche Notar aber muß die Identitätsfeststellung treffen. Die Unterlassung der in Ansehung der Gültigkeit der Urkunde bloß instruktionellen Vorschrift des § 176 Abs. 3 FGG. macht den Notar haftbar, und ist durch den beurkundeten Vorgang oder die bezeugte Tatsache die Persönlichkeit des Beteiligten nicht genügend festgestellt, so wird sie durch die Urkunde nicht bewiesen. Beweist die notarielle Bestätigung nichts, so kann dieser Mangel nicht durch die Legalisation des Konsuls geheilt werden; denn diese bezieht sich nur auf die Unterschrift des Notars.

6. **RG.** I. 9. 2. 10 s. zu § 4.

§ 21. I. 1. Isay, Wesen und Auslegung des Patentanspruchs, Mitt. v. VDP. **09** 138. Der Patentanspruch könne sich nicht gleichzeitig die Aufgabe stellen, den Gegenstand der Erfindung und den Umfang des Schutzbereichs zu formulieren, vielmehr könne er nur das eine oder das andere zum Ausdrucke bringen. Die Alternative sei dahin zu unterscheiden: Der Patentanspruch formuliert nicht den Umfang des Patentschutzes, sondern den Gegenstand der Erfindung. Die Auslegung des Patents, d. h. die Ermittelung des Schutzumfanges, sei nicht Auslegung einer Willenserklärung, sondern eine selbständig-richterliche Feststellung; sie sollte nach folgenden Grundsätzen erfolgen: a) Zunächst ist der Erfindungsgedanke, der den Gegenstand des Patents bildet, klarzustellen. Hierfür ist der Wille des Anmelders und des Patentamts maßgebend. Infolgedessen sind hier auch die Erteilungsakten heranzuziehen. Die letzteren sind insbesondere von Bedeutung, insofern sie ausdrückliche Verzichte des Anmelders und Beschränkungen des Patentamts enthalten. b) Für den Umfang des Schutzes

bleibt der Wille des Anmelders wie der des Patentamts, abgesehen von einem ausdrücklichen Verzicht, einer ausdrücklichen Beschränkung außer Betracht. Vielmehr entscheidet lediglich die Bedeutung der Erfindung nach dem Stande der Technik, sowie die Grundsätze über Äquivalenz und Übertragung.

2. Dagegen Schanze, Der Wille des Patentamts und der objektive Stand der Technik, MschutzuWettbew. 9 358. Der von Isay statuierte Gegensatz zwischen Gegenstand des Patents und Gegenstand des Patentschutzes sei zu schroff, entbehre auch insofern der praktischen Bedeutung, als ein Verzicht des Anmelders, eine Beschränkung des Patentamts nicht bloß bei Feststellung des Patentgegenstandes, sondern auch bei Ermittelung des Schutzumfanges beachtlich sei. Im übrigen müsse unterschieden werden: 1. Was ist patentiert und dadurch geschützt? 2. Was wird durch das Patent geschützt, ohne patentiert zu sein? Bei Beantwortung der Frage 1 sei auf den Willen des Patentamts zurückzugehen, auch wenn er im Widerspruche mit dem objektiven Stande der Technik stehe. Die Entscheidung der Frage 2 richte sich unabhängig vom Willen des Patentamts nach dem objektiven Sachverhalte.

3. Wirth, Die Formulierung der Patentansprüche und der Patentverletzungsparagraph, Mitt. v. VDP. 9 31. Beachtenswerte Ausführungen über: Voll- und Teilerfindungen, Teilversicherung, Prüfungskompetenz, Stand der Technik, Revisionsfähigkeit der Frage der Patentauslegung: nicht revisibel sind die technischen Feststellungen, auf welche sich die Auslegung gründet.

4. Rauter, Bedingte Patentanmeldung, Ztschr. f. d. ges. techn. u. gewerbl. Recht 1 25. Bedingte Patentanmeldungen sind von vorläufigen Patentanmeldungen wohl zu unterscheiden; erstere sind wirkliche Anmeldungen, letztere nur Ankündigungen von solchen. Bedingte Patentanmeldungen sind als Anmeldungen anzusehen, für die eine Anmeldegebühr einstweilen noch nicht eingezahlt ist; durch die Nachzahlung der Anmeldegebühr innerhalb einer vom Patentamte gesetzten Frist werden sie zu vollgültigen Anmeldungen. Jede im Laufe des Patenterteilungsverfahrens gemachte Erweiterung des Anmeldungsgegenstandes, die über den Rahmen desjenigen hinausgeht, was nach § 20 Abs. 3 PatG. als zulässig angesehen werden kann, darf als bedingte Patentanmeldung gelten. Dabei ist es für die Sache gleichgültig, ob hierbei der Ausdruck bedingte Patentanmeldung, wie im vorliegend behandelten Falle, ausdrücklich gebraucht wird, oder ob es der Lage der Sache nach ersichtlich ist, daß der Inhalt der betreffenden Eingaben Gegenstand eines der betreffenden Person zu erteilenden Patents sein sollte.

5. Rosenberg, Die Abfassung der Patentschriften, MschutzuWettbew. 9 77. Verf. beklagt die weitläufige Abfassung der Patentschriften, die häufig wissenschaftliche Abhandlungen enthielten, statt einer knappen Kennzeichnung des Standes der Technik. Die in den Patentschriften mehrfach geübte Kritik an früheren Arbeiten habe nicht selten den Nachteil, daß ein späterer Erfinder, auf die darin enthaltenen unzutreffenden Angaben fußend, eine patentfähige Erfindung konstruiere, wo eine solche nicht vorliege. — Verf. macht verschiedene Abänderungsvorschläge.

6. Schulz, Die Anmeldung von Zusatzpatenten vor dem Beschlusse der Bekanntmachung der Hauptanmeldung, GewRschutz 09 71. Zusatzanmeldungen vor dem Beschlusse der Bekanntmachung der Hauptanmeldung sind durch § 20 Abs. 1 PatG. nicht gefordert, sie werden vielmehr durch §§ 7, 20 Abs. 3 PatG. ausgeschlossen und widersprechen auch den Grundsätzen der allgemeinen Ökonomie.

7. Fried, Zur Frage der Vereinfachung des deutschen Patenterteilungsverfahrens, Mitt. v VDP. 10 62. Reformvorschläge.

8. Leißner, Die Streitgenossenschaft des patentrechtlichen Einspruchsverfahrens, MschutzuWettbew. **9** 242 u. 191. Mehrere Anmelder sind notwendige Streitgenossen; im übrigen s. zu § 24.

9. Dunkhase, Über die Teilung von Patentanmeldungen, GewRschutz **10** 89. Verf. kommt zu dem Resultate, daß die Zulassung einer Teilung nach der Bekanntmachung der Anmeldung unzulässig ist; sie könne auch nicht durch ein Entgegenkommen des Patentsuchers, der die entstehenden Schwierigkeiten beseitige, statthaft werden.

10. Hüfner, Ergänzungsentscheidungen im Patenterteilungsverfahren, GewRschutz **10** 99. Verf. bejaht die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 321 ZPO. im Patenterteilungsverfahren, z. B. wenn das Patentamt nur einen Teil der Patentansprüche versehentlich ausgelegt und demgemäß das Patent unter Außerachtlassung der übrigen Patentansprüche erteilt hat.

11. Wirth, Logischer und wirtschaftlicher Wert von Patentanspruchsformeln, Mitt. v. VDP. **9** 100. Verf. formuliert u. a. die modern gefaßte Aufgabe des Patentanspruchs dahin: „Der Patentanspruch ist ein Versuch, das Wesen der Erfindung möglichst knapp und vollständig zu beschreiben", im scharfen Gegensatze zu der alten Auffassung: „. . . . eine logische, die Gerichte durch ihre Worte bindende Definition der Erfindung zu geben."

12. Städel, Patentanspruch und Schutzbereich, Mitt. v. VDP. **10** 70. Erklärungen des Patentamts und des Anmelders über den Umfang des Schutzbereichs des Patentamts dürfen nicht beachtet werden. Schutzbereich des Patents und Tragweite der Erfindung decken sich. Die Tragweite der Erfindung ist objektiv festzustellen durch eine Vergleichung des in der Patentschrift mitgeteilten neuen technischen Wissens mit dem sog. Stande der Technik. Es kommt nicht darauf an, ob der Anmelder die Bedeutung seiner Erfindung erkannt hat.

13. Schanze, Die Tragweite von Patentunteransprüchen, LeipzZ. **10** 801 ff. Patentunteransprüche genießen unabhängig vom Willen der patenterteilenden Behörde selbständigen Schutz, wenn solcher sich rechtfertigen läßt 1. durch den Satz, daß Kombinationsteile, die neu und von selbständiger erfinderischer Bedeutung sind, im Rahmen der Kombinationswirkung selbständigen Patentschutz genießen, oder 2. durch den Satz, daß der Patentschutz anders wie der Patentgegenstand alle, auch die nicht im Patent angegebenen Brauchbarkeiten umfaßt.

14. Rathenau, Umfang des Schutzrechts von Unteransprüchen, GewRschutz **09** 291. Der Verf. kommt zu folgendem Ergebnis: Ein selbständiger Schutz von Unteransprüchen und Zusatzpatenten verträgt sich weder mit dem Wortlaute noch mit dem Willen des Patentgesetzes, auch nicht mit der Absicht des Anmelders oder mit dem Willen der patenterteilenden Behörde.

15. Wassermann, Zur Reform des Patenterteilungsverfahrens, Gew. Rschutz **10** 29. Verf. ist für Beibehaltung des bisherigen Patenterteilungsverfahrens, ist aber für Einführung von Einzelprüfern und einer Berufungsinstanz gegen die Entscheidungen der Beschwerdeabteilung.

II. 1. RG. I. 14. 6. 09, MschutzuWettbew. **9** 93. Auch bei „kinematisch richtigen Konstruktionen" bedarf es häufig eines gewissen Spielraums, der in den Konstruktionszeichnungen nicht vorgesehen wird, aber von jedem Fachmann ohne weiteres bei der Ausführung angeordnet wird. Das Nichterwähnen desselben in der Patentschrift ist kein Mangel der Beschreibung. Der Antrag auf Vernichtung oder auf Beschränkung des Patentanspruchs kann nicht darauf gegründet werden, daß Konstruktionen möglich sind, die zwar durch den Wortlaut des Anspruchs gedeckt werden, bei denen aber die Ausführung der patentierten

Konstruktion ausgeschlossen ist. Es ist nicht die Aufgabe der Patentschriften, wissenschaftlich absolut einwandsfreie Definitionen der geschützten Erfindungen zu geben. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß die neue Regel für technisches Handeln so zum Ausdrucke gelangt, daß Fachleute danach verfahren können.

2. PA. 25. 6. 09, MSchutzuWettbew. **9** 206. Die Zurücknahme der Patentanmeldung ist eine prozessuale Erklärung und kann deswegen nicht widerrufen, nicht wegen Irrtums angefochten werden; sie bewirkt die Erledigung des Verfahrens in der Weise, als ob es niemals eingeleitet worden wäre.

3. PA. 3. 7. 09, PBl. **10** 5. Der von mehreren eingereichten Anmeldung kann das Prioritätsrecht des Art. 4 des Union-Vertrags auch dann zustehen, wenn die ausländische Anmeldung nicht von ihnen allein bewirkt ist; es genügt, daß der im Inlande Hinzugekommene sein Recht von den anderen ableitet. Ein Deutscher kann zuerst im Ausland anmelden und für die nachfolgende deutsche Anmeldung das Prioritätsrecht geltend machen.

4. PA. 17. 6. 09, PBl. **09** 257. Da die einem Patente gewährte Priorität jederzeit der Nachprüfung durch die prüfenden Stellen des Patentamts unterliegt, so steht es auch jedem Anmelder, dem ein älteres Patent entgegengehalten wird, frei, die Priorität des entgegengehaltenen Patents anzugreifen. Daraus folgt, daß dem Anmelder diejenigen Tatsachen bekannt zu geben sind, auf Grund deren dem entgegengehaltenen Patente die betreffende Priorität zugesprochen worden ist. Denn nur nach Kenntnis dieser Umstände ist ein substantiiertes Bestreiten der Priorität möglich. Das Interesse des Patentinhabers an der Geheimhaltung gewisser Tatsachen kann demgegenüber erst in zweiter Linie in Frage kommen und nur insoweit gewahrt werden, als es ohne Beeinträchtigung der Rechte Dritter an der Kenntnis der die Priorität begründenden Tatsachen geschehen kann.

5. **RG.** I. 7. 4. 09, LeipzZ. **09** 472. Das Patent muß der bekannt gemachten Anmeldung entsprechen. Ist dies der Fall, so können Abänderungen der ursprünglichen Anmeldung die Nichtigkeit nicht begründen, sondern nur für die Frage der Priorität der Anmeldung in Betracht kommen.

6. **RG.** I. 24. 4. 09, LeipzZ. **09** 678. Trotz der im Laufe des Erteilungsverfahrens erfolgten Abänderung des ursprünglichen Patentanspruchs ist eine Wiederholung der Auslegung nicht erforderlich, wenn jene Abänderung nur in beschränkendem Sinne erfolgt, das Wesen der Erfindung aber nicht geändert wird.

7. **RG.** I. 23. 10. 09, MSchutzuWettbew. **9** 196. Es ist nicht Aufgabe der Patentschriften, wissenschaftlich einwandfreie Definitionen oder Darstellungen zu bieten; es muß genügen, wenn das erfinderische Element darin derart klar und unzweideutig zum Ausdrucke gelangt, daß Fachleute es hiernach zu erkennen vermögen. Unter dieser Voraussetzung können auch theoretische Irrtümer die Patentwürdigkeit nicht beeinträchtigen.

8. PA. 25. 11. 08, PBl. **09** 204. Die Vorschrift im § 28 KaiserlV. v. 11. Juli 1891, daß die Vollmachten auf prozeßfähige, mit ihrem bürgerlichen Namen bezeichnete Personen lauten müssen, ist nicht maßgebend hinsichtlich der Rechtswirksamkeit solcher Erklärungen, die von nicht prozeßfähigen Personen für einen Anmelder abgegeben werden. Diese Erklärungen können durch nachträgliche Genehmigung des Anmelders mit rückwirkender Kraft Rechtswirksamkeit erlangen.

9. PA. 23. 3. 10, PBl. **10** 157. Stirbt der Vertreter eines Anmelders, so ist der von ihm bestellte Unterbevollmächtigte zur Vertretung des Anmelders bei Prozeßhandlungen, die keinen Aufschub dulden (Äußerung auf den Vorbescheid), befugt.

10. PA. 1. 12. 09, MschutzuWettbew. **9** 206. Wenn der Vertreter innerhalb der gesetzten Frist die Vollmacht nicht einreicht, ist die Anmeldung zurückzuweisen. Der Beschluß ist dem Vertreter zuzustellen.

11. PA. 29. 5. 07, MschutzuWettbew. **9** 8. a) Da jede Anmeldung gemäß § 20 PatG. den Antrag auf Erteilung eines Patents enthalten muß, dieser Antrag sohin ein notwendiger Bestandteil der Anmeldung ist, so begründet jede Zurücknahme der Anmeldung zugleich auch die Zurücknahme des Patenterteilungsantrags. b) Die zivilistische Anmeldung liegt erst dann vor, wenn die Erfindung in erkennbarer Weise mit dem schriftlichen Antrag auf Erteilung des Patents dem Patentamt unterbreitet worden ist.

12. PA. 21. 6. 10, ZIndR. **5** 261. Wenn die Beschreibung verständlich ist, so ist es kein Grund zur Zurückweisung der Anmeldung, daß sie verbesserungsfähig ist und sich den sprachlichen Gewohnheiten des Patentamts nicht anpaßt. — Der Anmelder hat auch dann neue Beschreibungen auf seine Kosten zu liefern, wenn die ursprünglichen ohne seine Schuld vom Patentamte verdorben worden sind.

13. PA. 10. 6. 09, PBl. **10** 7. Ein Mangel im Erteilungsverfahren begründet nicht den Anspruch auf Nichtigerklärung des Patents (vgl. § 10).

§ 21. I. 1. Schanze, Beschränkte Vorprüfung? Mitt. v. VDP. **10** 113. Verf. verneint, daß die neuere Judikatur über die Bedeutung des Patentanspruchs Veranlassung zu einer Einschränkung der patentamtlichen Vorprüfung gegeben habe, unter ausführlicher Bekämpfung der entgegenstehenden Ansichten. Er hält aber eine Beschränkung der Vorprüfung auf Neuheit für angezeigt.

2. v. Schütz, Zur Frage der Prüfung von Patenten, GewRschutz **09** 185. Nach Besprechung der zahlreichen Mißhelligkeiten des Prüfungsverfahrens für das Patentamt und die Anmelder schlägt Verf. vor, nur diejenigen Patente zu prüfen, an deren Bestehen oder Erlöschen sich ein Interesse kundgibt. Detailvorschläge werden gemacht.

3. Wirth, Unbeschränkte Vorprüfung, GewRschutz **09** 129. In harter Erfahrung breche sich die Erkenntnis Bahn, daß bei der Patenterteilung nur noch eine summarische Prüfung möglich sei. Verf. leitet daraus den Vorschlag her, nur eine Prüfung zur Feststellung der Unterschiede der angemeldeten Erfindung gegenüber früheren, ohne Bewertung der Unterschiede, einzuführen.

4. Ephraim, Die Zuziehung der Beteiligten zu dem patentamtlichen Ermittelungsvorverfahren, ZIndR. **4** 62. Verf. verlangt dieselbe unbedingt.

5. Maemecke, Berechtigt jede nach der Zustellung eines Vorbescheids dem Patentamt übermittelte Erklärung die zuständige Anmeldeabteilung zur Beschlußfassung? ZIndR. **5** 37. Aus einem vom Verf. mitgeteilten Beschlusse der Beschwerdeabteilung des Patentamts (Datum und Aktenzeichen fehlen) ergibt sich, daß die aufgeworfene Frage zu verneinen ist.

6. Mintz, Vorprüfung? GewRschutz **09** 289. Verf. spricht sich dagegen aus, daß bei einer Revision des Patentgesetzes das Vorprüfungssystem beibehalten werde. Er ist für ein Anmeldesystem, für dessen Ausgestaltung er eine Reihe Anregungen gibt.

7. Dr. Sell, Die Berücksichtigung älterer Patentanmeldungen im Vorprüfungsverfahren, Mitt. v. VDP. **10** 3ff. Die von dem Patentamte geübte Praxis und von den meisten Kommentatoren vertretene Auffassung, daß der Überschuß nur insoweit zu patentiereren wäre, als er noch eine neue Erfindung darstelle, verstoße gegen das Gesetz. Denn dieses bestimme in §§ 2 und 3 nur, daß eine Erfindung nicht veröffentlicht und nicht öffentlich vorbenutzt, ferner nicht

vorpatentiert sein dürfe. Von einem patentfähigen Überschuß über eine vorpatentierte Erfindung sei im Gesetze nicht die Rede.

II. PA. 29. 5. 07, MSchutzuWettbew. 9 8. Mit der Festsetzung des Anmeldetags muß die Vorprüfung ihren Anfang nehmen. Denn die Anmeldung ist die Grundlage des Erteilungsverfahrens, der Anmeldetag ist maßgebend für den Lauf der Patentdauer — § 7 PatG. — und für die Gebührenzahlung — § 8 Abs. 2. Nach dem Grundsatze der Patenteinheit kann ein Patent nur ein Datum haben. Die Zurückweisung der Anmeldung hat zu erfolgen, wenn über die Festsetzung des Anmeldetags zwischen Anmeldeabteilung und Anmelder eine Einigung nicht zu erzielen ist.

§ 22. 1. PA. 6. 4. 09, PBl. 09 205. Ein Mitglied des Patentamts, welches bei der Beschlußfassung über die Bekanntmachung einer Anmeldung in der Beschwerdeabteilung mitgewirkt hat, ist von der Teilnahme an der Beschlußfassung über die Patenterteilung in der Anmeldeabteilung nicht ausgeschlossen.

2. PA. 10. 10. 10. PBl. 10 294. Wird die Anmeldung „beschränkt", so bedeutet das die Zurücknahme der Anmeldung für das übrige dergestalt, daß der aus der Anmeldung gemäß § 3 Abs. 1 PatG. erwachsende Anspruch auf Patenterteilung insoweit endgültig untergeht. Wird nur die Fassung der Unterlagen geändert, so liegt darin überhaupt keine Verfügung über diesen Anspruch, also auch keine Teilzurücknahme. Mit diesen Dingen hat die „Ausscheidung" nichts zu tun. Sie ist lediglich eine äußerliche Trennung mehrerer bisher vereint angemeldeter Gegenstände. Es erfolgt nicht eine „Neuanmeldung" — dieser Ausdruck ist nur in der Praxis der Einfachheit wegen häufig angewendet —, sondern nur die Weiterverfolgung bereits vorliegender Patenterteilungsanträge. Bei Ausscheidung eines Anmeldungsteils bleibt der Patenterteilungsantrag für diesen bestehen und bedarf nur der prozessualen Vervollständigung. Die Gebühr für das neue Verfahren wird mit der Ausscheidung fällig.

3. PA. 25. 6. 09, MSchutzuWettbew. 9 206. Absolute und unheilbare Nichtigkeit des Patents ist stets und überall zu berücksichtigen (vgl. RG. [Strafs.] 40 273).

§ 23. I. 1. Hüfner, Muß die nochmalige Bekanntmachung erfolgen, wenn die Zusatzanmeldung versehentlich vor der Hauptanmeldung veröffentlicht worden ist? Wann ist im Falle wiederholter Bekanntmachung der vorläufige Patentschutz zu widerrufen? Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes, (1909) 185 ff. Verf. bejaht die erste Frage. Die zweite Frage entscheidet er dahin, daß ein Widerruf im Reichsanzeiger zu erfolgen hat, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Bekanntmachung (§ 23 Abs. 1 u. 4 PatG.) nicht gegeben sind. Eine Reihe einzelner Fälle werden noch besonders erörtert.

2. Ephraim, Die Bekanntmachung der Patentanmeldungen, GewRSchutz 10 18. Verf. bezeichnet die Auslegung der Anmeldung vor der Patenterteilung als unbedingt notwendig. Ihr Unterbleiben hat die Folge, daß das Patenterteilungsverfahren trotz der Patenterteilung noch als nicht beendet anzusehen ist; das PA. hat die früheren unrichtigen Schritte ungeschehen zu machen und das Verfahren fortzusetzen. Vgl. zu dieser Frage RG. PBl. 02 113, 07 2: Ohne Bekanntmachung erteilte Patente sind nichtig. Vgl. die folgende Entscheidung des PA.

II. 1. PA. 7. 12. 08, PBl. 09 205. Wird die Patentanmeldung nach erfolgter Bekanntmachung geändert oder erweitert, so ist der Anmelder vom PA. aufzufordern, den Gegenstand des Nachtrags aus der schwebenden Anmeldung zu entfernen und ihn in einer besonderen Anmeldung weiter zu verfolgen. Dem Anmelder wird dann die Priorität vom Tage des Nachtrags für die Sonderanmeldung gewährt. Wird unrichtigerweise die Ausscheidung des Gegenstandes des Nachtrags nicht verlangt und dieser ohne weiteres in das Patent

mit aufgenommen, so ist ein solcher Verstoß gegen die gesetzlichen Verfahrensvorschriften in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Bezüglich des nach der Bekanntmachung in die Anmeldung Hineingebrachten kann kein einstweiliger Schutz gemäß § 23 Abs. 2 PatG. entstehen. Möglicherweise wird auch ein Interessent, dem patenthinderndes Material gegenüber dem Gegenstande des Nachtrags zur Verfügung stand, auf den Weg der Nichtigkeitsklage gedrängt, und er wird sich mit Recht darüber beschweren können, daß er verhindert worden sei, sein Material schon im Einspruchsverfahren geltend zu machen, was für die Entscheidung über die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens (§ 31 PatG.) von Einfluß sein kann, nicht aber tritt die Folge ein, daß das Patent in Ansehung des nicht Bekanntgemachten ohne weiteres nichtig wäre (vgl. zu § 10).

2. PA. 6. 1. 09, MschutzuWettbew. **9** 150. Ein auf Grund einer früheren Anmeldung bereits vorläufig geschützter Patentanspruch kann in einer späteren Anmeldung mit der Priorität der früheren Anmeldung nicht nochmals unter vorläufigen Patentschutz gestellt werden.

§ 24. I. Hüfner, Die Streitgenossenschaft des patentrechtlichen Einspruchverfahrens, MschutzuWettbew. **9** 242 u. 291. Verf. legt zunächst dar, daß das Einspruchverfahren als ein Streitverfahren anzusehen ist, daß mehrere Einsprechende notwendige Streitgenossen dann sind, wenn die Einsprüche von derselben tatsächlichen Grundlage ausgehen (z. B. gemeinschaftliche Erfindung). In anderen Fällen sind sie einfache Streitgenossen. Die Vorschriften der ZPO. sind in dem patentrechtlichen Verfahren gegebenenfalls analog anzuwenden, besonders § 62 ZPO. im Beschwerdeverfahren.

II. 1. PA. 29. 5. 07, MschutzuWettbew. **9** 260. a) Aus einer gemäß § 24 Abs. 1 PatG. als zurückgenommen geltenden Anmeldung können Prioritätsrechte nicht hergeleitet werden, da die ganze Anmeldung prozessual und materiell erledigt ist. b) Der Umstand, daß das Gesetz im § 24 Abs. 1 die Ausdrucksweise „gilt als zurückgenommen" gewählt hat, ist für die Wirkung der Zurücknahme gleichgültig. Der Gesetzgeber hat sich um deswillen so ausgedrückt, weil eine förmliche Zurücknahmeerklärung nicht vorliegt und nur eine unwiderlegliche Rechtsvermutung dafür sprechen soll, daß die Anmeldung hat zurückgenommen werden sollen, wenn die Tatsache der Unterlassung feststeht. c) Die Zurücknahme der Anmeldung gemäß § 24 Abs. 1 PatG. bedeutet nicht einen Verzicht auf das Recht aus der Erfindung, der Anmelder kann sie von neuem anmelden mit der Priorität des Neueinganges, sie hat aber den Verlust der Priorität nach § 3 PatG. zur Folge, weil in der Zurücknahme der Anmeldung rechtlich zugleich ein Verzicht auf den Patenterteilungsanspruch zu erblicken ist.

2. PA. 23. 5. 10, MschutzuWettbew. **10** 70. Der Umstand, daß der Anmelder auf dem Postanweisungsabschnitt ein falsches Aktenzeichen angeführt hat, kann nach dem Rechtsgrundsatze falsa demonstratio non nocet ohne Bedeutung sein.

3. PA. 28. 11. 08, PBl. **09** 31. Auch eine Beschwerde, die von einem verspätet Einsprechenden gegen den Patenterteilungsbeschluß erhoben wird, ist zulässig und durch Sachentscheidung zu erledigen. Sie bewirkt, auch wenn sie — zu Unrecht — als unzulässig verworfen wird, daß der Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Beschlusses bis zur Entscheidung hinausgeschoben wird.

4. PA. 29. 4. 09, PBl. **09** 181. Bei Nichtzahlung der ersten Jahresgebühr greift die Rechtsregel des § 24, daß die Anmeldung als zurückgenommen gilt, auch dann Platz, wenn aus den sonstigen Umständen erhellt, daß der Anmelder die Anmeldung nicht zurücknehmen wollte. Eine Wiederaufhebung dieser Rechtsfolge ist im Gesetze nicht vorgesehen.

5. PA. 10. 3. 09, PBl. 09 127, DJZ. **10** 83, R. **10** Nr. 433. Das Verlangen des Patentinhabers, das von einem Einsprechenden geltend gemachte Material Dritten nicht zugänglich zu machen, ist nicht gerechtfertigt; ein Interesse des Patentinhabers an der Verheimlichung patenthindernder Umstände kann als ein berechtigtes nicht anerkannt werden.

6. PA. 25. 6. 09, PBl. **09** 302, MschutzuWettbew. **9** 206. Die Zurücknahme der Patentanmeldung ist eine prozessuale Erklärung und kann deshalb nicht widerrufen, auch nicht nach § 119 BGB. wegen Irrtums angefochten werden. Wenn die Erklärung der Zurücknahme einer Anmeldung vor der Zustellung des bereits vorher gefaßten Patenterteilungsbeschlusses dem Patentamte zugegangen ist, so hat das Patent als nicht erteilt zu gelten, selbst wenn es bereits in die Rolle eingetragen gewesen sein sollte. Dem so eingetragenen Patente gegenüber kommt eine absolute und unheilbare Nichtigkeit in Frage, die stets und überall zu berücksichtigen ist.

7. PA. 2. 10. 09. PBl. **10** 6. Die Pflicht, innerhalb der Einspruchsfrist die Tatsachen anzugeben, die die Versagung des Patents rechtfertigen, trifft auch denjenigen, der aus § 3 Abs. 2 PatG. Einspruch erhebt. Ist lediglich vorgebracht, das Angemeldete sei dem Einsprechenden widerrechtlich entnommen, so wird das Patent erteilt, da es an genügender Begründung fehlt.

8. So auch PA. 30. 3. 09, MschutzuWettbew. **9** 205. Diese Entscheidung hebt besonders hervor, daß konkrete Begründung erforderlich ist.

9. PA. 3. 11. 09, MschutzuWettbew. **9** 178. Nach Ablauf der Einspruchsfrist ist ein Wechsel des Einspruchsgrundes unzulässig.

10. PA. 17. 9. 09, PBl. **09** 303. Geht am Tage der Zustellung des Patenterteilungsbeschlusses bei dem Patentamt auch die Erkläung der Zurücknahme der Anmeldung ein, so ist letztere als verspätet eingegangen anzusehen.

11. **RG.** I. 7. 4. 09, MschutzuWettbew. **8** 279. Auf vorherige Abänderungen der Anmeldung kann die Nichtigkeit nicht begründet werden, sie könnte nur die Priorität der Anmeldung in Frage stellen.

§ 26. I. 1. Dunkhase, Die Beschwerde des Patentsuchers gemäß § 26 PatG. und der Eintritt der Rechtskraft des Patenterteilungsbeschlusses. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes 193. Verf. kommt unter eingehender Erörterung aller in Betracht kommenden Fragen zu dem Resultate: Der Patentsucher kann gegen jeden Patenterteilungsbeschluß Beschwerde erheben. Ein Verzicht auf diese Beschwerde hat keine bindende Kraft. Eine gegen den Patenterteilungsbeschluß eingelegte Beschwerde kann der Patentsucher ebensowenig wie der Einsprechende zurücknehmen.

2. Herse, Die mündliche Verhandlnng im Beschwerdeverfahren vor dem Patentamte, GewRschutz **09** 169. Verf. weist darauf hin, daß das Patentamt neuerdings einen Unterschied mache zwischen dem Antrage, die angemeldete Erfindung vorzuführen und dem Antrag auf Anhörung i. S. § 26 Abs. 3 PatG. Er bekämpft diese Unterscheidung, da der Antrag auf Versicherung den Antrag auf mündliche Verhandlung enthalte.

3. Heimann, Praxis des Patentamts bei der Rückerstattung der Beschwerdegebühr, Mitt. v. VDP. **9** 35.

4. Rosenberg, Müssen in dem Verfahren vor dem Patentamte die Zustellungen an die Parteivertreter erfolgen? ZIndR. **4** 49. Verf. bekämpft die Entscheidung des Patentamts (PBl. **08** 182, JDR. **7** 1125), welche die aufgeworfene Frage verneint.

5. Spielmann, Die Ladung der Beteiligten im Verfahren vor der Beschwerdeabteilung des Patentamts, ZIndR. **5** 205. Verf. untersucht besonders die Frage, ob das Patentamt berechtigt ist, einen Antrag auf Zulassung expe-

rimentellen Nachweises der Patentfähigkeit abzulehnen und erörtert die Rechtswirkungen einer solchen Ablehnung.

II. 1. PA. 12. 2. 10, PBl. **10** 130. Wird ein Ladungsantrag im Beschwerdeverfahren gestellt, so muß erwartet werden, daß der Antragsteller den Termin entweder wahrnimmt oder daß er die Aufhebung des Termins bei Zeiten beantragt, oder, wenn der Termin nahe und die Aufhebung nicht erfolgt ist, zum mindesten den Gegner unmittelbar davon verständigt, daß der Termin nicht wahrgenommen werden soll. Geschieht alles dies nicht, so entspricht es der Billigkeit, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen, die dem Gegner durch das nutzlose Erscheinen im Termin erwachsen sind.

2. PA. 28. 12. 09, PBl. **10** 133. Der Erlaß eines formgültigen Beschlusses der Beschwerdeabteilung schließt eine Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Verfahrens auch dann aus, wenn behauptet wird, dem Anmelder sei nicht Gelegenheit gegeben worden, sich auf einen bestimmten Abweisungsgrund zu äußern, oder es hätte das Erbieten zu einer Vorführung als Antrag auf Ladung und Anhörung behandelt werden sollen. Das *Rechtsinstitut der Wiederaufnahme des Verfahrens* ist auf das Patenterteilungsverfahren nicht zu übertragen. Die Lage im gerichtlichen Prozeß ist eine völlig andere als in ihm. Während dort nur Rechte des einzelnen in Frage kommen, handelt es sich hier um Begründung von Rechten gegenüber der Allgemeinheit. Die Zurückweisung einer Anmeldung hindert natürlich nicht ihre Wiederholung. Insofern hat sie keine materielle Rechtskraft. Aber eine Rechtskraft besteht unzweifelhaft insofern, als der konkrete, durch die Anmeldung gemäß § 3 PatG. begründete, das Prioritätsrecht enthaltende Anspruch auf Patenterteilung endgültig vernichtet wird.

3. PA. 21. 6. 10, PBl. **10** 232. Eine Zustellung mittels eingeschriebenen Briefes kann im Auslande nicht stattfinden; sie ist unwirksam.

§ 27. 1. **RG.** 14. 7. 09, LeipzZ. **09** 779. Es ist nicht Aufgabe der Patentschriften, wissenschaftlich absolut einwandfreie Definitionen der geschützten Erfindungen zu geben. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß die neue Regel für technisches Handeln derart zum Ausdrucke gelangt, daß Fachleute danach verfahren können.

2. PA. 7. 12. 08, R. **10** Nr. 434. Ein Formfehler im Patenterteilungsverfahren hat nicht ohne weiteres die Nichtigkeit des Patents zur Folge.

3. **RG.** 3. 11. 09, R. **09** Nr. 3793. Der Streitwert einer einstweiligen Verfügung über die Herausgabe von Patenturkunden bleibt weit hinter dem Patentwerte zurück. Sind die Patente unter Bewertung auf mehrere 100 000 M. in eine Gesellschaft eingebracht, so geht hieraus für das Interesse an der Bestätigung der einstweiligen Verfügung schlechterdings nichts hervor, da Verfügungen über die Patente in keiner Weise an den Besitz der Patenturkunden gebunden sind. Die sachliche Information über den Inhalt der gesetzlichen Schutzrechte kann durch anderweite Exemplare der Patentschriften ermittelt werden; die Antragstellerin ist jederzeit in der Lage, sich solche Exemplare um geringen Preis zu verschaffen. Will man annehmen, daß ein besonderes Interesse am Besitze der Originalurkunden besteht, so läßt sich dieses Interesse doch nicht höher schätzen als auf etwa 500 M.

§ 28. 1. **RG.** I. 20. 11. 09, **72** 242, MschutzuWettbew. **9** 193. Im Nichtigkeits- und Zurücknahmeverfahren findet die Vorschrift des § 265 ZPO. (die Veräußerung der im Streite befangenen Sache resp. Abtretung des geltend gemachten Anspruchs ist ohne Einfluß auf den anhängigen Prozeß) *keine Anwendung.*

2. **RG.** 9. 10. 09, **71** 440, LeipzZ. **10** 78. Für das Verfahren nach §§ 28 ff. PatG. findet § 99 Abs. 2 ZPO. keine Anwendung. Denn im Nichtigkeitsverfahren wie im Zurücknahmeverfahren des Patentgesetzes steht den Parteien eine Verfügung über den Prozeßstoff nicht zu. Insbesondere verbietet die öffentlich-rechtliche Natur dieses Verfahrens die Annahme, daß die erkennende Behörde durch das Anerkenntnis eines auf Nichtigkeitserklärung oder auf Zurücknahme gerichteten Anspruchs wie der Zivilrichter im gewöhnlichen Prozesse gebunden und von einer Sachprüfung befreit werden könne. Der Fall des § 99 Abs. 2 ZPO. hat daher für das Verfahren nach §§ 28 ff. PatG. überhaupt auszuscheiden. Die Zulassung des Rechtsmittels gegen die Entscheidung im Kostenpunkt allein kann nie auf analoge Anwendung des § 99 Abs. 2 gestützt werden.

3. **RG.** 9. 10. 09, PBl. **10** 115. Im Nichtigkeitsverfahren ist die Berufung allein wegen der Kosten nicht statthaft, wenn das Patentamt auch in der Hauptsache Entscheidung getroffen hat.

4. PA. 22. 4. 10, ZIndR. **5** 102. Nebenintervention kann auch im Nichtigkeitsverfahren mit Einlegung der Berufung erfolgen. Die Erklärungen des Nebenintervenienten dürfen nicht im Widerspruche mit denen der Hauptpartei stehen.

§ 30. 1. **RG.** 27. 3. 09, LZ. **09** 472, PBl. **09** 279. Mit der Bestimmung, daß auf die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen die Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung finden, verträgt es sich, wenn das Patentamt, bevor es die Zeugen vernehmen läßt, sich durch schriftliche Anfrage bei ihnen vergewissert, ob sie etwas Sachdienliches aussagen können. Wollte man dieses zur Abkürzung dienende Verfahren nicht zulassen, so würde man gegen den das Patentgesetz beherrschenden Grundsatz der Offizialtätigkeit der Behörde verstoßen.

2. PA. 21. 5. 10, PBl. **10** 285. Hat die mündliche Verhandlung vor der Nichtigkeitsabteilung zu einem Beweisbeschlusse geführt, so genügt es, wenn die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme schriftlich gehört werden; die Entscheidung kann ohne nochmalige Ladung und Anhörung ergehen.

§ 31. 1. **RG.** 27. 2. 09, LZ. **09** 394. Nimmt der Kläger im Nichtigkeitsverfahren die Klage zurück, weil das angefochtene Patent wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr gelöscht worden ist, so fallen ihm, da über den Rechtsbestand des Patents materiell nicht entschieden ist, in analoger Anwendung des § 271 Abs. 3 ZPO. die Kosten des erfolglos veranlaßten Verfahrens zur Last.

2. **RG.** 26. 5. 09, PBl. **09** 280. Ist eine Partei in Nichtigkeitssachen vor dem Reichsgerichte von einem bei diesem zugelassenen Rechtsanwalt nicht vertreten, so erscheint auch ihre Vertretung durch einen Patentanwalt nicht geboten. Dem Gegner ist daher auch die Tragung der durch die Vertretung durch einen Patentanwalt in diesem Falle entstandenen Kosten nicht zuzumuten.

3. Das „freie Ermessen" bei der Kostenfestsetzung im Nichtigkeitsverfahren behandelt eine Entscheidung des **RG.**, die — ohne Datum usw. — in Mitt. v. VDP. **9** 33 veröffentlicht ist.

§ 33. 1. **RG.** 27. 2. 09, LZ. **09** 395, PBl. **10** 115. Auch gegen eine nur die Kosten betreffende Entscheidung des Patentamts im Nichtigkeitsverfahren ist in analoger Anwendung des § 93 Abs. 3 ZPO. ein Rechtsmittel zuzulassen; an Stelle der hier vorgesehenen sofortigen Beschwerde tritt die Berufung.

2. **RG.** 17. 2. 09, LZ. **09** 472. Der Umstand allein, daß sich im Verlaufe des Prozesses mehrere Sachverständige zugunsten des Patentverletzers geäußert haben, schließt nicht die Feststellung einer groben Fahrlässigkeit aus.

3. PA. 22. 4. 10, PBl. **10** 186. Die Berufung eines Nebenintervenienten des Nichtigkeitsklägers ist, nachdem dieser auf das Rechtsmittel der Berufung

verzichtet hat, unzulässig. Eine ergänzende Entscheidung (§§ 321, 517 ZPO.) kann die Berufungsfrist gegen die erste Entscheidung nur dann von neuem in Lauf setzen, wenn sie vor Ablauf der Berufungsfrist zugestellt wird.

4. **RG.** 9. 6. 09, R. **09** Nr. 2668. (Wert des Streitgegenstandes.) Die Tatsache allein, daß eine erstinstanzliche, aber durch Berufung angefochtene Entscheidung die Vernichtung des Patents ausgesprochen hat, gibt keinen genügenden Anhalt für eine geringere Einschätzung des Patents.

5. **RG.** 9. 7. 10, LZ. **10** 776. Die Vorschrift des § 33 Abs. 1 Satz 3 PatG., wonach die Berufung gegen die Entscheidung des Patentamts binnen sechs Wochen nach ihrer Zustellung anzumelden und zu begründen ist, ist, soweit die Begründung in Frage steht, als eine wesentlich instruktionelle anzusehen, so daß die Versäumung der rechtzeitigen Begründung die Berufung nicht als unzulässig erscheinen läßt. Ob und inwieweit verspätetes Vorbringen zu berücksichtigen ist, steht in dem Ermessen des Berufungsgerichts.

§ 35. I. 1. Rudolf Isay, GewRschutz **09** 58 ff. Zu den „Verletzten" im Sinne der §§ 35, 36 gehört grundsätzlich auch der Inhaber einer einfachen Lizenz (vgl. bei § 6).

2. Schanze, Der zivilrechtliche Schutz gegen Patentverletzung und die Reform des Patentgesetzes, MschutzuWettbew. **9** 110. Verf. hält es für angezeigt, dem § 35 im neuen PatG. eine Fassung zu geben, aus der unzweifelhaft hervorgehe, daß der Patentinhaber nicht nur den Ersatz des von ihm erlittenen Schadens, sondern auch die Herausgabe des vom Verletzer gezogenen Gewinns beanspruchen und zu diesem Behufe von ihm Rechnungslegung verlangen kann. Er befürwortet ferner, dem Verletzten einen Bereicherungsanspruch einzuräumen, wenn die Patentverletzung weder vorsätzlich noch grobfahrlässig verübt ist. Derselbe sei einer kurzen Verjährung zu unterwerfen: 6 Monate von der Kenntnis der Zuwiderhandlung an, spätestens in 3 Jahren. — Zum mindesten sei angezeigt, zu bestimmen, daß der im Prozeß unterliegende Verletzungsbeklagte, auch wenn ihm weder Wissentlichkeit noch grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne, zur Herausgabe des nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit von ihm aus der Erfindung gezogenen Nutzens, also insoweit zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet sei. Fände der Bereicherungsanspruch keine allgemeine Anerkennung im neuen Patentgesetze, so sei er wenigstens für die Patentverletzungen nach der Klagerhebung zu gewähren.

3. Vgl. dazu: Abel, Der zivilrechtliche Schutz gegen Patentverletzung nach österreichischem Rechte, MschutzuWettbew. **9** 214.

4. Stern, Der Bereicherungsanspruch gegen den Patentverletzer, GewRschutz **15** 316. Verf. führt aus, daß an und für sich auch die Ausbeute einer in gutem Glauben vorgenommenen Patentverletzung eine ungerechtfertigte Bereicherung des Verletzers im Sinne des § 812 BGB. herbeiführt.

5. Finger, Einstweilige Verfügungen in Sachen des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes. Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes **09** 39 ff.

6. Katz, Über die patentrechtliche Bedeutung der chemischen Zwischenprodukte. Zeitschrift für angewandte Chemie **23** 1549. Die Patentverletzung eines Zwischenproduktverfahrens ist zu verneinen, wenn in dem als Nachahmung angesprochenen Verfahren das Zwischenprodukt nicht als isolierbarer Körper entsteht, sondern im Augenblicke des Entstehens verschwindet und sich zu einem anderen Körper umbildet, ebenso dann, wenn der Patentinhaber die Bildung des Zwischenprodukts nicht erkannt hat und nicht herbeiführen wollte.

II. 1. **RG.** 22. 12. 09, MschutzuWettbew. **9** 256. In der späteren Geltendmachung eines Anspruchs auf Löschung eines Gebrauchsmusters liegt gegenüber

den ursprünglich geltend gemachten Ansprüchen auf Unterlassung einer Patentverletzung und Schadensersatz eine Klagänderung.

2. RG. 12. 12. 08, Mitt. v. VDP. 9 60. Die Herstellung von Teilen einer geschützten Kombination im Inland ist auch dann statthaft, wenn sie in der Absicht erfolgt, die Teile im Auslande zu der patentierten Konstruktion zusammenzusetzen.

3. HessRspr. 10 1 (Darmstadt). Für den Anfertiger von Teilen eines patentierten Gegenstandes oder eines Gegenstandes für ein patentiertes Verfahren kommt es darauf an, ob und welche Kenntnis er hinsichtlich der Verwendung der von ihm hergestellten Teile hat. Weiß er, daß ein Patent besteht oder daß der von ihm hergestellte oder gelieferte Teil mit dazu dienen soll, die Verwirklichung des Patents durch einen anderen als den Patentinhaber herbeizuführen, so ist er Miturheber der Verletzung. Dies kann auch der Vorbenutzungsberechtigte sein, der, anstatt das ihm zustehende Vorbenutzungsrecht für den eigenen Betrieb auszuüben, mit der Lieferung von jenen Teilen für den Betrieb anderer tätig wird.

4. RG. 17. 4. 09, MSchutzuWettbew. 9 87. Die Kosten eines in einem Patentprozesse von einer Partei eingeholten Privatgutachtens, das für die Entscheidung im wesentlichen ohne Bedeutung geblieben ist, werden für nicht erstattungspflichtig erklärt.

5. RG. 10. 7. 09, ZIndR. 4 188. Die Kosten von Privatgutachten sind erstattungsfähig, wenn der Prozeßgegenstand von großer Bedeutung für die Parteien ist, die notwendigen technischen Feststellungen umfangreich und schwierig sind, oder das Privatgutachten Gegenstand des Prozesses und der Beweiswürdigung gewesen ist.

6. Ein anderer Beschluß desselben Gerichts vom gleichen Tage (ZIndR. 4 187) hebt als Gesichtspunkt für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens hervor, ob es für die Partei erforderlich war, um sich die zur Beurteilung und Erörterung der streitigen technischen Fragen erforderliche Sachkunde zu verschaffen.

7. RG. 20. 2. 09, 70 321, ZIndR. 4 188. Gegenüber einer Unterlassungsklage kann ein Aussetzungsantrag nicht darauf gegründet werden, daß eine Zurücknahmeklage (§ 11 PatG.) erhoben sei. Zurücknahme des Patents wirkt nicht ex tunc.

8. ZIndR. 4 77 (KG.). Mit Rücksicht auf die gesetzlich beschränkte Zeitdauer des Schutzes eines Patents und die Möglichkeit der Ausnutzung und Verwertbarkeit eines mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen, aber noch geltenden Patents ist für das dem Prozeßgerichte nach § 148 ZPO. zustehende Ermessen bei Patentstreitigkeiten daran festzuhalten, daß dem Antrag auf Aussetzung der Verhandlung nur dann stattzugeben ist, wenn der Erfolg der Nichtigkeitsklage durch möglichst eingehende Begründung und Glaubhaftmachung wahrscheinlich gemacht ist.

9. RG. I. 17. 2. 09, MSchutzuWettbew. 9 28. Die im § 35 PatG. als subjektive Voraussetzung der Schadensersatzklage erforderte grobe Fahrlässigkeit ist nicht immer schon deshalb als ausgeschlossen anzusehen, weil sich im Verlaufe des Prozesses einzelne Sachverständige zugunsten des Beklagten ausgesprochen haben.

10. RG. I. 5. 6. 09, MSchutzuWettbew. 9 91. Das Vorhandensein grober Fahrlässigkeit kann dann verneint werden, wenn ein gerichtliches Erkenntnis auf dem Standpunkte des Patentverletzers steht, nicht dagegen durch Berufung auf den Umstand, daß patentrechtliche Abhängigkeit selten vorkomme.

11. RG. I. 5. 6. 09, MSchutzuWettbew. 9 92. Grobe Fahrlässigkeit kann ausgeschlossen werden durch Unklarheiten der Patentschrift, durch die Tatsache, daß

die Auslegung des als Patentverletzer in Anspruch Genommenen die Billigung eines Gerichts gefunden hat.

12. **RG.** I. 18. 9. 09, LeipzZ. **09** 935. Durch das Vermieten einer patentierten Maschine wird das Patentrecht des Patentinhabers an ihr nicht verbraucht. Wird aber die Maschine in der Folge von dem Mieter in sein Grundstück (die Fabrik) eingebaut und dadurch wesentlicher Bestandteil desselben, so kann der Patentinhaber Entschädigungsansprüche wegen Patentverletzung gegen den Erwerber des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren jedenfalls dann nicht geltend machen, wenn dieser ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen konnte, das Patentrecht an der Maschine habe dadurch aufgehört, daß die Maschine wesentlicher Bestandteil der Fabrik geworden ist.

13. **RG.** I. 12. 12. 08, LeipzZ. **09** 235, JW. **09** 114, R. **09** Nr. 752. Es ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen, ob die Feststellung, daß der angebliche Patentverletzer in gutem Glauben war, möglich ist, ehe die Entscheidung, daß die Patentverletzung objektiv vorliegt, getroffen ist. Es ist grundsätzlich nicht unzulässig, die subjektive Frage mit der bloßen Unterstellung, daß eine objektive Patentverletzung demnächst festgestellt wird, im voraus zu entscheiden. Vermeidlichkeit oder Unvermeidlichkeit ist für den Begriff der wissentlichen oder grobfahrlässigen Patentverletzung unerheblich. Der gute Glaube ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

14. **RG.** I. 3. 2. 09, LeipzZ. **09** 395. Der negatorische Unterlassungsanspruch setzt eine gegenwärtige Störung oder doch die begründete Besorgnis der Wiederkehr einer Störung voraus.

15. **RG.** I. 6. 4. 10, LeipzZ. **10** 552. Der auf Patentverletzung gestützten Klage ist durch die inzwischen erfolgte Vernichtung des Patents die rechtliche Grundlage entzogen; dies konnte auch noch in der Revisionsinstanz neu geltend gemacht werden (vgl. **RG. 63** 140, **65** 303. Ebenso **RG.** I. 9. 6. 09, Mschutzu. Wettbew. **9** 134.

16. **RG.** I. 3. 2. 09, R. **09** Nr. 1210, LeipzZ. **09** 395. Die Handlung desjenigen, der widerrechtlich ein fremdes Patent zu Zwecken seines eigenen Gewerbes ausnützt, fällt unter den Tatbestand der sog. unechten Geschäftsführnng. Der in seinem Patentrechte Verletzte ist daher befugt, von dem entschädigungspflichtigen Verletzer gemäß §§ 687 Abs. 2, 681, 688 BGB. Rechnungslegung zu verlangen (vgl. **RG. 46** 14, **62** 320). Diese Pflicht zur Rechnungslegung besteht in allen Fällen der zur Entschädigung verpflichtenden Patentverletzung, also sowohl bei wissentlicher, wie auch bei einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Patentverletzung.

17. **RG.** I. 3. 2. 09, R. **09** Nr. 1211. Wird für Patentverletzungen der Anspruch auf Rechnungslegung überhaupt zugelassen, so steht nichts im Wege, diesen Anspruch auch für sich selbständig, also ohne den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung des Gewinnes zu erheben.

18. **RG.** 2. 12. 08, **70** 74, DJZ. **09** 377, R. **09** Nr. 748, LZ. **09** 234, JW. **09** 136. Schadensersatzansprüche können auf dem Gebiete des gewerblichen Urheberrechts (Patent-, Gebrauchsmuster-, Warenzeichenrecht) nur auf die jedesmaligen Spezialgesetze, nicht aber auf die Vorschriften des BGB., insbesondere dessen §§ 823, 831, gestützt werden.

19. **RG.** I. 4. 5. 09, LeipzZ. **09** 678, DJZ. **09** 825, R. **09** Nr. 2043. Zur Annahme eines dolus eventualis genügt nicht bloß die Feststellung, daß der Täter bei seinem Handeln sich der Möglichkeit des demnächst eintretenden Erfolges bewußt gewesen ist, sondern er muß diesen Erfolg, wenn er eintritt, auch gewollt haben; es muß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis des Erfolges, hier der Patentverletzung, haben handeln wollen. Wer in der Hoff-

nung handelt, daß eine Patentverletzung nicht vorliegen werde, der aber nicht handeln würde, wenn er wüßte, daß eine Patentverletzung vorliege, hat diese Patentverletzung nicht gewollt.

20. **RG.** 10. 10. 08, R. **08** Nr. 3899. Bei Patentverletzung genügt zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs der Nachweis, daß die Patentverletzung mit d o l u s e v e n t u a l i s begangen ist.

21. **RG.** 9. 3. 09, 4. 5. 09, R. **09** Nr. 2043, LeipzZ. **09** 678, DJZ. **09** 825, GruchotsBeitr. **53** 1146, SeuffBl. **74** 772. Etwas einschränkend: Zur Annahme einer wissentlichen Patentverletzung genügt allerdings die Feststellung eines d o l u s e v e n t u a l i s. Hierzu ist jedoch erforderlich, daß der Täter sich nicht nur der Möglichkeit einer Patentverletzung bewußt gewesen ist, sondern daß er diesen Erfolg, wenn er eintreten sollte, auch gewollt hat. Es muß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis des Erfolges, hier der Patentverletzung, haben handeln wollen (**RG.** [Straff.] **21** 420, **33** 4). Wenn jemand in der Hoffnung, in der Erwartung handelt, daß eine Patentverletzung, nicht vorliegen werde, während er, wenn er wüßte, daß eine Patentverletzung vorliege, nicht handeln würde, so hat er diese Patentverletzung auch nicht gewollt.

22. **RG.** I. 23. 6. 09, LeipzZ. **09** 779. Mit Recht hat das OLG. bei Feststellung des subjektiven Tatbestandes der Patentverletzung als d o l u s e v e n t u a l i s den in dem Bescheide der Beschwerdeabteilung des Patentamts enthaltenen Satz verwertet, es könne dahingestellt bleiben, ob bei dem Anmeldungsgegenstand eine Mitbenutzung des klägerischen Patents vorliege, da die Entscheidung hierüber dem ordentlichen Gericht obliege. Damit war der Beklagte darauf hingewiesen, daß sein angemeldetes Patent möglicherweise in das des Klägers eingreife.

23. **RG.** (IV. Straff.), GewRSchutz **15** 46. M i t t e l b a r e P a t e n t v e r l e t z u n g ist vorhanden, wenn der Wille des Täters auf Vornahme der patentverletzenden Handlung seitens des Dritten ging und von ihm durch seine bei Verkauf und Lieferung des betreffenden Gegenstandes den Dritten bestimmende Einwirkung mit dem Erfolge betätigt wurde, daß der Dritte die patentverletzende Handlung, ohne seinerseits Täter zu sein, wirklich vornimmt (**RG.** [Straff.] **42** 151, PBl. **09** 257).

24. **RG.** 3. 2. 09, R. **09** Nr. 1208. Steht fest, daß eine patentierte Maschine unter Verletzung des Patentrechts in Benutzung genommen wird, so ist gegenüber dem Anspruch auf Unterlassung weiterer Benutzung der Besitzer der Maschine für seine Behauptung, daß er die unter das Patent fallenden Teile der Maschine durch andere unverfänglicher Art ersetzt habe, beweispflichtig.

25. R. **09** Nr. 801 (Hamburg). Handelt es sich um die Frage, welchen Gewinn die Beklagte dadurch erzielt hat, daß sie in einem einzelnen Falle das Patent der Kläger verletzt hat, so ist die Beklagte nicht berechtigt, einen Teil der allgemeinen Geschäftsunkosten von dem Gewinn in Abzug zu bringen.

26. **RG.** I. 3. 2. 09, **70** 249, DJZ. **09** 545, JW. **09** 228. Der Anspruch auf Rechnungslegung besteht nicht nur bei wissentlicher, sondern auch bei grobfahrlässiger Patentverletzung.

27. MSchutzuWettbew. **9** 395 (Dresden). Grobfahrlässige Patentverletzung verpflichtet zur Rechnungslegung.

28. LG. I Berlin, Mitt. v. VDP. **10** 120. E d i t i o n s p f l i c h t. Der Patentinhaber kann im Falle einer tatsächlichen oder bei begründet erscheinendem Verdacht einer Patentverletzung gemäß § 809 BGB. Vorlegung der Sache verlangen, um sich zu vergewissern, ob er ein Untersagungsrecht hat. Bei Verfahrenspatenten erstreckt sich das Recht auf den der Anwendung des Verfahrens dienenden Apparat, sobald ohne Erlaubnis des Patentinhabers die gewerbsmäßige Benutzung oder der Verkauf des Apparats erfolgt mit dem Bewußtsein, daß

der Käufer ihn ohne solche Erlaubnis zu gewerblichen Zwecken in Gebrauch nehmen werde. Der Einwand, dem Kl. stehe kein Recht zur Sache zu, weil der Apparat zur Anwendung des Verfahrens nicht unter Patentschutz stehe, ist unerheblich.

29. **RG.** (ZivPl.) 18. 10. 09, MschutzuWettbew. **9** 226, JW. **10** 24 Nr. 40. Für eine Klage aus unerlaubter Handlung, die sich auf eine Reihe in verschiedenen Gerichtsbezirken verübter Handlungen stützt, ist die Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk eine oder einige der Einzelhandlungen begangen sind, nicht nur in dem Umfange begründet, in welchem Ansprüche gerade aus den Einzelhandlungen abgeleitet werden, die in dem Bezirke des angerufenen Gerichts begangen sind.

§ 36. 1. **RG.** (Straff.) JW. **09** 526, ZIndR. **4** 234, PBl. **09** 260. Eine sichere Beurteilung der Frage, ob ein Angeklagter im Sinne des § 36 PatG. „wissentlich" gehandelt habe, wird, wenn der Gegenstand des Patents ein Verfahren bildet, in der Regel nicht anders als dadurch herbeigeführt werden können, daß — bei Berücksichtigung der Vorstellungen und Kenntnisse des Angeklagten — das von ihm selbst angewandte Verfahren mit dem patentierten verglichen und hiernach bestimmt wird, ob ein Eingriff in das patentierte Verfahren vorliegt, sowie ob sich der Angeklagte dessen — sei es auch nur unter den Voraussetzungen des eventuellen Vorsatzes — bewußt ist. Danach wird regelmäßig die Feststellung nicht zu umgehen sein, worin das Wesen des patentierten Verfahrens besteht, ob sich damit das von dem Angeklagten angewandte ganz oder auch nur teilweise deckt, und ob Angeklagter dieses alles in seine Vorstellungen aufgenommen hat. Die Frage, ob der Angeklagte wissentlich gehandelt hat, liegt mithin nicht lediglich auf tatsächlichem Gebiete. Vielmehr greifen insoweit die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Vorsätzlichkeit des Handelns Platz. Würde daher ein Angeklagter in dem vorstehend gekennzeichneten Sinne sämtliche Tatumstände, die das Vergehen des § 36 das. verwirklichen, in seinen Willen aufgenommen haben, so hätte er nach dem Gesetze „wissentlich" gehandelt, auch wenn er die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit seines Verhaltens nicht erkannt haben sollte. Er wäre demzufolge auch nicht entlastet, wenn er an solcher Erkenntnis durch rechtliche oder technische Gutachten verhindert worden wäre. Es steht fest, was als das Wesen der patentierten Erfindungen anzusehen ist und wäre nachweisbar, daß sich ein Angeklagter dieses Wesen der Erfindung — sei es auch nur in der Form des eventuellen dolus — zum Bewußtsein gebracht hatte, so würde auf seiner Seite Wissentlichkeit des Handelns in dem vorstehend erörterten Sinne nicht verneint werden können, wenn anzunehmen ist, daß er sein eigenes Verfahren und dessen Wesen jedenfalls genau kennt. Würde er aus irgendeinem Grunde gleichwohl geglaubt haben, sein Verfahren stelle keine Patentverletzung dar, so würde er sich in unbeachtlicher Weise über den Inhalt des Strafgesetzes selbst geirrt haben und würde daher auch nicht entlastet sein, wenn er durch Gutachten der bezeichneten Art zu einem solchen Irrtume geführt worden wäre. Anders läge die Sache, wenn er sich über Inhalt und Gegenstand der Patenterteilung, namentlich über die Auslegung der einschlägigen Patentschriften, in einem Irrtume befunden hätte. Dieser würde nicht ein Strafrechtsirrtum sein, vielmehr unter § 59 StGB. fallen. Insoweit könnte es dann auch entscheidend darauf ankommen, welche Vorstellungen durch gutachtliche Äußerungen von rechtskundigen oder technischen Sachverständigen bei ihm hervorgerufen worden sind. Eine nach allen Seiten sichere Feststellung des Vorliegens einer — objektiven — Patentverletzung ist nicht die schlechthin unerläßliche Voraussetzung für die Beurteilung des innern (subjektiven) Tatbestandes; dieser kann vielmehr unter Umständen auch ohne derartige Feststellung verneint

werden. Allein die Urteilsausführungen müssen auch in einem solchen Falle die Gewähr dafür bieten, daß der Tatrichter die Rechtsgrundsätze über die Vorsätzlichkeit des Handelns nicht verkannt hat. Es ist deshalb geboten, daß er die Grenzen bezeichnet, in denen sich seine Zweifel über das Wesen des erteilten Patents bewegen, also angibt, welche Auslegungsmöglichkeiten gegenüber den Patentschriften mit Bezug auf Gegenstand und Inhalt des Patents nach seiner Auffassung allein in Betracht kommen können, und ferner ausspricht, daß danach der innere Tatbestand jedenfalls unerweislich ist, d. h. nicht feststellbar erscheint, gleichviel im Sinne welcher dieser Möglichkeiten die Patenterteilung ausgelegt wird.

2. **RG.** (Strafs.) 19. 11. 08, SeuffBl. **09** 246. Eine Absicht der Schädigung ist nicht erforderlich. Mit der Frage der Neuheit der Erfindung hat sich der Strafrichter nicht zu befassen. Ein Irrtum des Angeklagten hierüber ist unbeachtlich.

3. **RG.** (Strafs.) **42** 151, 154, JW. **09** 340. Nicht jeder, der in Kenntnis des Patentschutzes den Gegenstand der Erfindung zu Erwerbszwecken ohne Ermächtigung des Patentinhabers ausbeutet, ist strafbar, sondern nur derjenige, der die fremde Erfindung unter Verletzung des Patentschutzes ausbeutet. Ein Verkauf von Mitteln zu einem patentierten Verfahren (Streumehl) kann als Betrug strafbar sein, als Patentverletzung aber nur, wenn die allgemeinen Grundsätze über Täterschaft oder Teilnahme an der Verletzung des Verfahrens nachgewiesen werden.

4. **RG.** 18. 1. 10, Mitt. v. VDP. **10** 43. Liegt der Tatbestand einer Patentverletzung vor und wird diese nach Stellung des Strafantrags vorsätzlich fortgesetzt, so kann, wenn der Vorsatz für die vor der Antragstellung liegende Zeit nicht festzustellen ist, keine Bestrafung wegen fortgesetzter Handlung erfolgen; die diesbezügliche Strafverfolgung ist unzulässig.

5. HessRspr. **10** 81 (Darmstadt). Für die Frage der Verjährung kommt ein fortgesetztes Vergehen nicht in Frage, vielmehr entscheiden die Einzelhandlungen.

§ 40. 1. **RG.** (Strafs.) 24. 5. 09, JW. **10** 865. Wird das patentierte Erzeugnis in einer Mischung in den Handel gebracht, worin ungeschützte Bestandteile enthalten sind, so darf das Gemisch nicht als patentiert bezeichnet werden.

2. PBl. **16** 117 (Dresden). Die Bezeichnung „D. R. P. a." kann vom Verkehr im Sinne eines nur angemeldeten Patents verstanden werden, so daß sie keine Patentanmaßung darstellt.

3. LG. Leipzig, MschutzuWettbew. **9** 8. Briefbogen mit Vordruck sind nicht „ähnliche Kundgebungen" im Sinne von § 40, 2 PatG.

4. LG. Elberfeld, ZIndR. 4 244. Die Anbringung eines Kreuzes vor „Patent" kann als Hinweis auf ein schweizerisches Patent nicht verstanden werden.

5. **RG.** 22. 3. 10, R. **10** Nr. 1473. Als „ähnliche Kundgebungen" im Sinne des § 40 Nr. 2 PatG. sind — an sich betrachtet — jedenfalls solche geschäftliche Mitteilungen anzusehen, die an einen größeren Kreis von Personen zu gehen bestimmt sind und auf Förderung geschäftlichen Absatzes hinzielen. Dazu können auch Gebrauchsanweisungen gehören, zumal wenn sie nicht lediglich an Besteller bei Abnahme der bereits gekauften Gegenstände abgegeben, sondern auch an solche Interessenten übersandt werden, die sich über die Einrichtungen und Vorzüge der Gegenstände unterrichten und von dem Ergebnisse der Prüfung ihren Entschluß über den etwaigen Ankauf abhängig machen wollen.

6. **RG.** 5. 3. 09, MschutzuWettbew. **8** 275. Ist ein Vertrag auf Leistungen gerichtet, welcher die Begehung strafbarer Handlungen, z. B. das Versehen einer

Ware mit einer Bezeichnung, die den Anschein erweckt, als sei sie patentiert, zur Voraussetzung hat, so ist er wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig.

7. LG. Krefeld, MschutzuWettbew. **9** 66. § 40 hat nicht nur die Bedeutung einer polizeilichen Präventivmaßregel; er will auch der durch die unrichtige Patentberühmung bedrohten redlichen Konkurrenz Schutz gewähren. Die Worte „gesetzlich geschützt" erwecken den Eindruck, daß die so bezeichnete Ware den Patent- oder Gebrauchsmusterschutz genieße; ihre Verwendung ohne solchen verstößt daher gegen § 40 PatG., auch wenn für die Ware ein patentamtlich eingetragenes Warenzeichen verwendet werden kann. Der strafrechtlichen Schutzbestimmung des § 40 PatG. entspricht ein zivilrechtlicher Schutz, eine actio quasinegatoria nach Analogie der §§ 12, 862, 1004 BGB. auf Unterlassung künftiger Störung, die auch bei einem nur objektiven Eingriff erwächst, falls weitere Eingriffe zu befürchten sind. Das verletzte Rechtsgut ist die durch die Gewerbeordnung gewährleistete freie Ausübung des Gewerbebetriebs.

Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern.

Vom 1. Juni 1891.

I. Literatur 1909, 1910. Bomborn, Das deutsche Gebrauchsmusterrecht. Hannover. — Cantor, Das Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern v. 1. Juni 1891. Kommentar und Entscheidungssammlung zu den für dieses Gesetz und das Patentgesetz identischen Rechtsgebieten. Berlin 1910. — Kohler, Musterrecht. Stuttgart. — II. Allgemeines. Benjamin, Zur Kollision von technischen Schutzrechten, ZIndR. **4** 277. Verf. führt aus, daß, sofern ein Gegenstand unter Gebrauchsmusterschutz steht, kein Raum ist für die spätere Entstehung eines rechtsbeständigen Patents oder Gebrauchsmusters für denselben Gegenstand. — Wirth, Gebrauchsmuster und internationale Verträge, Mitt. v. VDP. **9** 16.

§ 1. I. Literatur. *Schanze, Zum Begriffe des Gebrauchsmusters, R. **09** 229. Verf. bespricht die verschiedenen Ansichten über die Gesichtspunkte, welche zur Abgrenzung der patentfähigen Erfindung von dem Gebrauchsmusterschutze geltend gemacht worden sind. Er verneint die Richtigkeit der Ansicht, daß Gegenstand und Inhalt der Musterschöpfung zu unterscheiden sind. Die Musterschöpfungen können einen neuen Gegenstand zum Inhalte haben, viel häufiger aber seien Musterschöpfungen, bei denen nicht neue Gegenstände, sondern nur an bereits vorhandenen Gegenständen etwas ersonnen werde. Die Auffassung, daß die Gebrauchsmuster sich von der Erfindung durch Einfachheit unterscheiden müssen, sei unzutreffend. Das Erfordernis der Einfachheit könne immer nur an den Schöpfungsinhalt gestellt werden, niemals an den Schöpfungsgegenstand.

II. Rechtsprechung. A. Abs. 1. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 219, MschutzuWettbew. **9** 301. Für den Gebrauchsmusterschutz ist neben der Erzielung eines gewerblichen Fortschritts ein, wenn auch nur geringer, erfinderischer Gedanke erforderlich.

2. ZIndR. **5** 249 (KG.). Das GebrMustG. will nur die gewerblichen Formverbesserungen bestimmter Gegenstände schützen, ist für Erzeugnisse bestimmt, die durch eine neue Form oder Konstruktion die gewerbliche Nutzbarkeit erhöhen. Erfindungen dagegen, welche mehr sind als die im Raume verkörperte Darstellung eines dem Arbeits- oder Gewerbezwecke dienenden Erfindungsgedankens, also Erfindungen, die, ohne an eine bestimmte Darstellungsform gebunden zu sein, einen wesentlichen Fortschritt der Technik durch eine bisher unbekannte Kombination von Naturkräften schaffen, genießen nicht den Schutz des Gebrauchsmustergesetzes, sondern nur des Patentgesetzes.

3. MSchutzuWettbew. **10** 68, GewRSchutz **10** 324 (Dresden). Es muß die Abweichung von den bereits bekannten Gestaltungen eine selbständige, eigenartige sein. Die Feststellung, daß ein Gebrauchsgegenstand nicht patentfähig ist, weil eine erfinderische Tätigkeit im Sinne des PatG. nicht aufgewendet wurde, schließt noch nicht die Musterschutzfähigkeit aus.

4. **RG.** 16. 11. 08, LeipzZ. **09** 146. Mit dem durch Gebrauchsmuster geschützten Gegenstande muß objektiv ein gewisser technischer Fortschritt erreicht sein. Daß aber der mit ihm angestrebte Zweck in vollem Umfang erreicht wird, darf nicht verlangt werden.

5. **RG.** 3. 4. 09, LeipzZ. **09** 547. Ein neuer Zweck genügt nicht für die Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters, wenn er nicht durch eine neue Gestaltung erreicht wird.

6. SeuffA. **65** 75 (Stuttgart). Schutzfähig sind nur solche körperlichen Gegenstände, die dem Benutzer einen gewissen Vorteil im Wege einer Erleichterung des mittels des Gegenstandes vorzunehmenden Arbeitsvorganges oder Gebrauchs gewähren. Ein rein gedanklicher Vorteil genügt nicht. Daher ist eine Familienchronik, welche eine Verbindung eines Sammelbuchs für Familiennotizen und einer Reklamesammlung darstellt, kein schutzfähiger Gegenstand.

7. MSchutzuWettbew. **9** 31 (Frankfurt). Ein bereits geschützter Erfindungsgedanke ist dann des Gebrauchsmusterschutzes fähig, wenn derselbe in einer neuartigen, dem besonderen Zwecke angepaßten Ausführung zum Schutze angemeldet wird.

8. **RG.** I. 22. 5. 09, **71** 196, R. **09** Nr. 2039. Ein in bestimmter Weise geformter Kondensator kann ein musterschutzfähiges Modell sein. Ein technischer Fortschritt kann in der Befriedigung eines besonderen Raumbedürfnisses (Gestaltung eines Behältnisses in eine besondere, von der bisher üblichen abweichenden Form) liegen. Der gesetzliche Begriff der „neuen Gestaltung" erfordert eine sinnfällige, in die Augen springende Formgebung. Minutiöse Verschiedenheiten der Form, die nur mikroskopisch zu erfassen sind, reichen zur Erfüllung dieses Begriffs nicht aus. Anders verhält es sich nur dann, wenn die geringfügigen Verschiedenheiten von einem neuen Verfahren herrühren und eine Steigerung des Gebrauchswerts des Gegenstandes zur Folge haben. In solchem Falle gelangen die Besonderheiten des Verfahrens auch im Produkte zum Ausdrucke, weshalb es mitunter nach der Auffassung des Verkehrs sogar gerechtfertigt erscheinen kann, von einem neuen Gebrauchsgegenstande zu sprechen.

9. **RG.** 22. 5. 09, **71** 196, R. **09** Nr. 2038, LeipzZ. **09** 677. Der Gebrauchsmusterschutz hat es nur mit dem Produkt eines Verfahrens zu tun. Unterschiede im Herstellungsverfahren, auch wenn das eine — Maschinenbetrieb bei Herstellung von Massenartikeln — vor dem anderen große wirtschaftliche Vorzüge voraus hat, kommen daher nicht in Betracht.

10. **RG.** 23. 12. 08, **70** 160, NaumburgAK. **09** 48, R. **09** 582, LeipzZ. **09** 234. Aus dem Wesen des Gebrauchsmusters folgt, daß der Stoff an sich, wenn also keine besondere, von den bisher benutzten Formen abweichende Ausgestaltung des Modells hinzukommt, das Muster nur insofern schutzfähig machen kann, als schon in ihm ein raumausfüllendes, gestaltendes Element anzuerkennen ist. Dies ist verneint bei Patronenhülsen aus Messing, welches bereits zu einer Kartusche verarbeitet gewesen war.

11. **RG.** 2. 10. 09, R. **09** Nr. 3483, ZIndR. **4** 268, MSchutzuWettbew. **9** 197. Für den Gebrauchsmusterschutz genügt nicht die Wahl eines neuen Stoffes, sondern hinzukommen muß, daß durch den neuen Stoff ein technischer Fortschritt erreicht wird. Es ist ein aus dem Wesen des Gebrauchsmusterschutzes sich ergebender Grundsatz, daß nicht jeder geringfügigen und gleichgültigen Formveränderung Schutzfähigkeit

zukommt; vielmehr muß ein gewisser technischer Fortschritt vorliegen, und es muß erkennbar sein, inwiefern die Formveränderung bestimmt und geeignet ist, den Arbeits- und Gebrauchszweck besser und wirksamer als das bisher bekannte zu fördern (vgl. auch **RG. 39** 120/21). Der Gebrauchsmusterschutz setzt also die Erzielung eines technischen Fortschritts voraus. Auch bei demjenigen Gebrauchsmuster, dessen Formgebung lediglich auf dem Stoffe beruht, genügt daher nicht schon die Neuheit des Stoffes, sondern es muß ebenfalls ein technischer (gewerblicher) Fortschritt verlangt werden.

12. SächsRpflA. **10** 267, R. **10** Nr. 3509 (Dresden). Der Musterschutz soll nur demjenigen ein ausschließliches Recht verleihen, dem ein gewisser Fortschritt gelungen ist. Eine nur geringfügige und gleichgültige Veränderung der Form genügt hierzu nicht und vollends nicht die Verwendung lediglich eines anderen Stoffes zur Herstellung derselben plastischen Gebilde, die früher bereits aus anderen Stoffen hergestellt wurden. Dies könnte nur dann geschehen, wenn durch Verwendung dieses Stoffes zugleich eine neue Wirkung, die als neuer Erfindungsgedanke anzusprechen wäre, erzielt würde.

13. SeuffA. **65** 27, R. **10** Nr. 1667 (Dresden). Ob die neue Gestaltung praktisch ist, ob nicht die Nachteile die Vorteile überwiegen, ist unerheblich.

14. **RG.** 23. 5. 10, MSchutzuWettbew. **10** 55. Die Zusammenstellung bekannter Teile darf nicht ohne jeden eigenartigen Erfolg für die Förderung des Gebrauchszwecks sein, die Abweichung von bereits bekannten Gestaltungen muß eine selbständige, eigenartige sein und das Modell darf nicht ohne Zuhilfenahme eines weiteren selbständigen Gedankens bereits Bekanntes reproduzieren, so daß weiter nichts vorliegen würde als was jeder Techniker ohne weiteres machen kann und gegebenenfalls machen wird. — Eine Kombination, deren Teile bekannt waren und bei der die Zusammenfügung der einzelnen Teile ohne Erfindungsgehalt ist, kann doch aus dem Grunde ein gewisses Erfindungsverdienst in Anspruch nehmen, wenn damit eine billigere Herstellung erreicht wird.

15. **RG.** 22. 5. 09, LeipzZ. **09** 677, R. **09** Nr. 2037. Auch Teile von Arbeitsgerätschäften oder Gebrauchsgegenständen sind des Musterschutzes fähig, wenn sie bis zu ihrer bestimmungsgemäßen Verbindung Gegenstand des gewerblichen Verkehrs sind.

16. LG. Leipzig, ZIndR. **5** 248. Eine Verankerungsvorrichtung für Schornsteine ist nicht schutzfähig, ebensowenig ein Schornstein, letzterer als unbewegliche Sache, erstere, weil sie kein selbständiger Gegenstand des gewerblichen Verkehrs ist (die einzelnen Teile der Vorrichtung wurden in den Schornstein hineinmontiert), deshalb nicht als Arbeitsgerät oder Gebrauchsgegenstand oder als Teil von solchem angesehen werden kann.

17. ZIndR. **5** 236 (Dresden). Ein dreichoriger Stickereistoff ist ein Gebrauchsgegenstand; die diesem Stoffe gegebene Gestaltung aus drei übereinander liegenden, mit Stichlöchern versehenen Geweben ist dazu bestimmt, einem besonderen Gebrauchszwecke, der Herstellung verschiedenfarbiger Flächen in der Stickerei beim Besticken des Stoffes zu dienen.

18. SeuffA. **64** 32 (Dresden). Kann aus der Anmeldung nebst Zeichnungen ersehen werden, daß trotz zu weiter Fassung des Schutzanspruchs nur diejenige Gestaltung geschützt sein soll, in Ansehung deren außer den sonstigen Erfordernissen des Schutzes auch das der Neuheit vorliegt, so kann nicht nur nicht Löschung, sondern auch nicht Berichtigung der Anmeldung gefordert werden.

19. **RG.** 24. 3. 09, LeipzZ. **09** 471, PBl. **09** 288, SächsRpflA. **09** 261. Ist ein Schutzanspruch formuliert, was das Gesetz an und für sich nicht verlangt, so sind ihm die maßgebenden Angaben darüber zu entnehmen, welche neue Gestaltung oder Vorrichtung dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke dienen soll. Aber auch der

formulierte Schutzanspruch kann der Auslegung fähig und bedürftig sein. Der Anmeldungswille ist gegenüber einer augenscheinlich mißglückten Fassung des Schutzanspruchs nach der Regel zu interpretieren, daß der Erfinder im Zweifel so viel anmelden wollte, als er habe anmelden können. Ebenso LG. Ellwangen, ZJndR. **5** 162.

20. LG. Dresden, PBl. **10** 238. § 1 des Gesetzes bietet keinen Anhalt dafür, daß die Einheitlichkeit der in den Schutzansprüchen eines Gebrauchsmusters beschriebenen Neuerung Voraussetzung für die Schutzfähigkeit ist. Die Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters wird daher nicht dadurch beeinträchtigt, daß in der Anmeldung bestimmungswidrig mehrere Modelle beansprucht werden. Die auf diesen Tatumstand gestützte Löschungsklage ist abzuweisen.

B. Abs. 2. 21. SeuffA. **64** 201 (Dresden). Zu einer Benutzung im Sinne des Abs. 2 gehört stets der Zweck der gewerblichen Verwertung; die Vorlegung des Musters in einer Versammlung zum Zwecke der Belehrung ist keine Benutzung in diesem Sinne. Offenkundig ist das Muster nicht benutzt, wenn es nur einem geschlossenen Kreise bestimmter Personen zugänglich gemacht ist, mögen auch einzelne Mitglieder dieses Kreises ihre Schweigepflicht verletzt haben.

22. MschutzuWettbew. 8 224 (Frankfurt). In der bloßen Einfuhr der Ware nach Deutschland liegt keine offenkundige Benutzung.

23. SeuffA. **65** 27, R. **10** Nr. 1668 (Dresden). Offenkundige Benutzung fehlt, wenn die Vorteile einer Neuheit (durchsichtige Gummisauger) nicht beabsichtigt und erkannt waren, sondern die hergestellten Waren als mangelhaft und Abfall verkauft werden mußten.

24. **RG.** 10. 7. 09, MschutzuWettbew. **9** 140. Eine offenkundige Vorbenutzung eines Gebrauchsmusters liegt darin, daß das Modell ohne Geheimhaltungspflicht von dem Fabrikanten dritten Personen gezeigt wird. Ein derartiges Gebrauchsmuster unterliegt der Löschung.

§ 2. SächsRpflA. **10** 91 (Dresden). Wie der Zusammenhang der Vorschriften in §§ 6 Abs. 1, 4, 3, 2 Abs. 2 ergibt, wird die Schutzfähigkeit eines Modells als Gebrauchsmuster durch die Angabe der sich daran findenden neuen Gestaltung, Anordnung oder Verrichtung bei der Anmeldung zur Eintragung bedingt. Denn geschützt wird nur, was eingetragen ist; die den Schutz bewirkende Eintragung beruht aber auf der Anmeldung. Ist eine solche Angabe in der Anmeldung nicht enthalten, so besteht kein schutzfähiges Muster. Die Löschungsklage ist in diesem Falle begründet.

§ 3. 1. Mitt. v. VDP. **9** 88. Eingabe des VDP. an den Präsidenten des Kaiserl. Patentamts gegen die Beratung der Anmelder durch die Gebrauchsmusterabteilung.

2. Benjamin, Die Vorprüfung der Gebrauchsmuster und § 1 Abs. 2 PatG., ZJndR. **4** 85. Verf. bekämpft die Ansicht, daß das Patentamt die Eintragung eines Gebrauchsmusters für Heilmittel ablehnen könne.

3. SeuffA. **64** 32 (Dresden). Wegen eines zu weit gefaßten Schutzanspruchs kann die Berichtigung der Anmeldung nicht gefordert werden. Für den Umfang des Gebrauchsmusterrechts ist der Inhalt der Anmeldung in ihrer Gesamtheit entscheidend.

§ 4. A. Abs. 1. 1. GewRschutz **10** 380 (KG.). Zur Begründung der Unterlassungsklage zur Abwehr von Patent- oder Gebrauchsmusterverletzungen bedarf es nicht des Vorliegens einer vollendeten Verletzung. Es genügt vielmehr, daß Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß künftige rechtswidrige Eingriffe in das Schutzrecht beabsichtigt und vorbereitet sind. Eine solche Gefährdung des Schutzrechts kann insbesondere schon aus bloßen Angeboten in Prospekten ent-

nommen werden, auch wenn die angebotene Ware noch nicht hergestellt und zur Verfügung bereitgestellt sei, nur muß die Annahme gerechtfertigt sein, daß der Versender des Prospekts etwaige Bestellungen unter Verletzung des klägerischen Schutzrechts tatsächlich ausführen will.

2. **RG.** 15. 4. 09, R. **09** Nr. 1752, SeuffBl. **09** 606. Da bei der Anmeldung eines Modells zum Gebrauchsmusterschutze nicht wie bei der Anmeldung einer Erfindung zum Patentschutz eine sachliche Prüfung von seiten des Patentamts stattfindet, hat das Gericht den Einwand der mangelnden Neuheit zu prüfen.

3. **RG.** (Straff.) 11. 5. 09, LeipzZ. **09** 677, PBl. **09** 213. Ist die Eintragung eines Gebrauchsmusters für eine Firma, deren Inhaber ein Einzelkaufmann ist, erfolgt, so ist die Eintragung nicht unwirksam, sondern als für denjenigen bewirkt anzusehen, welcher berechtigt ist, die eingetragene Firma als seinen kaufmännischen Namen zu führen. — Bezüglich der Frage, ob die Eintragung eines Gebrauchsmusters auf eine Firma überhaupt bewirkt werden kann, s. PBl. **03** 208 (bejaht).

4. **RG.** 1. 2. 09, R. **09** Nr. 944. Bloßes Ausbieten eines unter fremdem Gebrauchsmusterschutze stehenden Gegenstandes in öffentlichen Anschlägen mit Abbildung und Beschreibung erfüllt weder das Tatbestandsmerkmal des Nachbildens, noch das des Inverkehrbringens oder Gebrauchens. Ein Feilhalten liegt nicht notwendig vor, weil hierzu das Vorhandensein geeigneter Vorräte erfordert und erfahrungsgemäß die Anfertigung gewerblicher Waren, namentlich zusammengesetzter Maschinen, bis zum Einlaufe von Bestellungen aufgeschoben wird.

5. **RG.** 24. 11. 09, MschutzuWettbew. **9** 312. Zur Ermittelung des schutzfähigen Inhalts eines Gebrauchsmusters ist bei der Auslegung des Schutzanspruchs auch die der Anmeldung beigefügte Zeichnung heranzuziehen.

6. ZIndR. **5** 186 (Dresden). Der Dienstherr kann die Erfindung seines Angestellten nur dann für sich beanspruchen, wenn sie in Ausführung seines Auftrags für ihn gemacht worden ist, oder wenn sie zu den Dienstobliegenheiten des Angestellten gehört.

7. PBl. **09** 251 (Dresden). Vorbenutzungsrecht gibt es auch einem Gebrauchsmuster gegenüber.

B. Abs. 2. 8. **RG.** 29. 12. 08, R. **09** Nr. 2892. Dem eingetragenen Inhaber eines Gebrauchsmusters, das von einem älteren Gebrauchsmuster derart abhängig ist, daß das jüngere Gebrauchsmuster gegenüber dem älteren nur eine Verbesserung in bestimmter Richtung darstellt, im übrigen aber das ihm eigentümliche Neue ebenfalls in sich aufgenommen hat, steht im Verhältnisse zu dem Inhaber des älteren Gebrauchsmusters strafrechtlicher Schutz gegen Nachbildung und Verwertung seines eigenen Gebrauchsmusters auch dann zu, wenn ihm für die Inbenutzungnahme des älteren Gebrauchsmusters die im § 4 Abs. 2 GebrMustG. v. 1. Juni 1891 bezeichnete Erlaubnis nicht erteilt ist und wenn er trotz des Mangels dieser Erlaubnis mit seinem Gebrauchsmuster auch das ältere Gebrauchsmuster nachbildet und verwertet, er sich also selbst dadurch nach § 10 aaO. strafbar machte.

9. **RG.** (Straff.) **42** 127, JW. **09** 340. Stellt das jüngere Muster gegenüber dem älteren nur eine Änderung in bestimmter Richtung dar (Haarunterlage auf einem Hochgestell und eine solche für Scheitelfrisuren), so liegt Abhängigkeit nach Abs. 2 vor.

10. SeuffA. **64** 204 (Dresden). Die Abhängigkeit des jüngeren von dem älteren Muster muß derartig sein, daß das jüngere vermöge seiner neuen Eigenschaften nicht als etwas vollständig Neues erscheint. Auf die Kenntnis des Urhebers des jüngeren Musters von dem älteren kommt es nicht an.

11. SeuffA. **64** 201, 203 (Dresden). Im Übergange von der Löschungs- zur sog. Abhängigkeitsklage des § 4 Abs. 2 liegt keine Klagänderung. Gegen Seligsohn und Isay.

§ 5. **RG.** 22. 12. 09, R. **10** Nr. 802. Ein Gebrauchsmuster greift in den Schutzbereich eines früher angemeldeten Patents nicht nur dann ein, wenn das Patent das Gebrauchsmuster vollständig vorweggenommen hatte, sondern auch schon dann, wenn das Gebrauchsmuster zwar einen selbständigen und sogar schutzfähigen Fortschritt darüber hinaus erkennen läßt, bei seiner Einrichtung aber doch den durch das Patent geschützten Erfindungsgedanken mitbenutzt.

§ 6. I. *Schütz, Zur Frage der Prüfung von Patenten, GewRschutz **09** 189. Verf. schlägt vor, um den zahlreichen Klagen darüber, daß das Löschungsverfahren für Gebrauchsmuster außerordentlich umständlich und zeitraubend sei, zu steuern, ein einfaches Löschungsverfahren, das dem für Patente entspricht, vor dem Patentamt einzuführen.

II. 1. **RG.** I. 3. 10. 08, **69** 331, PBl. **09** 141. Ein Gebrauchsmuster kann auch zum Teil gelöscht werden. Die darin liegende Beschränkung des Schutzumfanges kann dadurch erfolgen, daß den bisher im Schutzanspruch angegebenen Merkmalen ein weiteres hinzugefügt wird.

2. **RG.** I. 22. 5. 09, **71** 195, R. **09** Nr. 2040, PBl. **09** 311, JW. **09** 431, ZIndR. **4** 190, LeipzZ. **09** 677. Liegen die Erfordernisse des § 1 G. nicht vor, so ist ein Schutzrecht überhaupt nicht vorhanden; nur der Schein eines solchen Rechtes wird durch den Eintrag in der Musterrolle vorgespiegelt. Aufgabe der Klage nach § 6 Abs. 1 ist es, diesen Schein zu zerstören. Das Urteil, durch welches die Löschung des Gebrauchsmusters angeordnet wird, hat daher, auch wenn es nur auf Löschungsbewilligung lautet, rückwirkende Kraft, indem es den Gegensatz zwischen Schein und Wirklichkeit vollständig und nicht bloß für die Zukunft bereinigt. Es bedarf daher nicht der Anstellung einer zweiten Klage, um einem aus der Vergangenheit hergeleiteten Schadensersatzanspruche wegen Verletzung des angeblichen Gebrauchsmusters den Boden zu entziehen.

3. SeuffA. **64** 32 (Dresden). Der Inhalt des Gebrauchsmusterrechts muß aus der Anmeldung in Verbindung mit dem Modelle bestimmt werden. Geht daraus hervor, daß der Schutzanspruch trotz des auch eine bekannte Vorrichtung mitumfassenden Wortlauts nur die neue Erfindung schützen soll, so kann weder Löschung noch Berichtigung der Anmeldung verlangt werden.

4. MschutzuWettbew. **9** 31 (Frankfurt). Verurteilung zu einer teilweisen Löschung eines Gebrauchsmusters ist zulässig.

§ 7. I. v. Ziegler, Befreit die Feststellung des Neuheitsmangels eines Gebrauchsmusters den Lizenznehmer von der Zahlung der bis dahin fällig gewordenen Lizenzabgabe? Verf. verneint diese Frage mit ausführlicher Begründung.

II. BayRpflZ. **09** 29 (Nürnberg). Fehlt es bei Übertragung des Rechtes, einen als Gebrauchsmuster geschützten Gegenstand ausschließlich herzustellen oder zu vertreiben, an den Voraussetzungen des § 1 GebrMustG., so ist der Vertrag auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet. Auf die Wirkung des Vertrags findet § 306 BGB. Anwendung, nicht § 437 Abs. 1 BGB., da letzterem die Auffassung eines Garantieversprechens zugrunde liegt und solches auf den Fall des Verkaufs eines Rechtes, dessen Entstehung, wie hier, objektiv unmöglich ist, nicht zu erstrecken ist.

§ 8. Wolf, Darf der Rechtsschutz einer als Gebrauchsmuster angemeldeten Erfindung nach Ablauf der Schutzdauer noch durch ein später angemeldetes Patent verlängert werden? Verf. verneint.

§ 9. 1. **RG.** 15. 11. 09, LeipzZ. **10** 144, MschutzuWettbew. **9** 197, R. **10** Nr. 229. Die Wissentlichkeit der Verletzung ist ausgeschlossen, wenn der Verletzer zwar das Muster kannte, aber der Überzeugung war, daß es nicht zu Recht

besteht. Es läßt sich kein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts aufstellen, daß grobe Fahrlässigkeit dann immer vorliegt, wenn der Verletzer in Kenntnis des Musters und mit dem Bewußtsein handelt, gegen den Musterschutzanspruch zu verstoßen. Auch hier kann jedes Verschulden ausgeschlossen oder ein nur leichtes Verschulden anzunehmen sein, weil der Verletzer in der auf tatsächlichem oder rechtlichem Irrtume beruhenden Überzeugung handelte, daß das Muster nicht zu Recht bestehe. Grobe Fahrlässigkeit kann darin liegen, daß das eine Gebrauchsmusterverletzung verneinende Sachverständigen-Gutachten Anlaß zu der Annahme geben kann, das Gutachten beruhe auf falschen tatsächlichen Grundlagen oder einer Verkennung des Inhalts der Anmeldung.

2. **RG.** 2. 12. 08, R. **09** Nr. 748, LeipzZ. **09** 234, PBl. **10** 19. Die Bestimmung im § 9 GebrMustG., daß zum Schadensersatze verpflichtet sei, wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit entgegen den §§ 4, 5 ein Gebrauchsmuster in Benutzung nimmt, hat die Eigenschaft eines Sondergesetzes, welches durch die Einführung des BGB. nicht berührt worden ist (Art. 32 EGBGB. [vgl. PBl. **05** 148]). Wegen Verletzung eines Musterschutzrechts kann daher ein Schadensersatzanspruch nur erhoben werden, wenn eine wissentliche oder grob fahrlässige Rechtsverletzung nachgewiesen wird. Eine Anwendung des § 823 wie des § 831 BGB. ist dagegen ausgeschlossen, wiewohl im übrigen die materiell-rechtlichen Bestimmungen der Gesetze zum Schutze des gewerblichen Urheberrechts einer Ergänzung durch das allgemeine bürgerliche Recht fähig und bedürftig sind (vgl. **RG. 62** 321).

§ 10. 1. **RG.** (Straff.) **42** 127, 130, JW. **09** 340, ZIndR. **4** 189. Der Inhaber des älteren geschützten Musters wird straffällig, wenn er ein jüngeres, sein eigenes Muster mitenthaltendes nachahmt, mag auch der Inhaber des jüngeren Musters das ältere widerrechtlich in Benutzung genommen haben.

2. **RG.** 11. 5. 09, R. **09** Nr. 2082. Dem Firmeninhaber steht die Befugnis zu, die Rechte aus der Eintragung geltend zu machen, also auch Strafantrag zu stellen.

3. **RG.** 11. 11. 09, R. **09** Nr. 3702. Der Umfang eines ordnungsmäßig entstandenen Gebrauchsmusterschutzrechts bestimmt sich nicht nach dem Wortlaute des Eintrags in der patentamtlichen Rolle, sondern nach dem Inhalte der zugrunde liegenden Anmeldung, namentlich nach dem erhobenen Schutzanspruch, und je nach den Umständen auch nach dem mit der Anmeldung vorzulegenden Modelle.

4. **RG.** (Straff.) 8. 4. 10, MSchutzuWettbew. **10** 29. Auch noch nicht rechtskräftige Urteile können, namentlich unter Berücksichtigung der in ihnen enthaltenen Aufklärung des Sachverhalts nach der tatsächlichen oder rechtlichen Seite, an sich sehr wohl geeignet sein, den einer Gebrauchsmusterverletzung Angeklagten zu der Vorstellung von der Möglichkeit zu führen, daß ein Eingriff in ein anderes Gebrauchsmuster vorliegt. Sie können deshalb auch als Grundlage für die Feststellung eventuellen Vorsatzes in Betracht kommen. Ob sie im Einzelfall eine solche Grundlage bieten, ist dann Tatfrage.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

Vom 12. Mai 1894.

Vorbemerkung: Für das österreichische Warenzeichenrecht sei auf die beiden in der Berichtszeit erschienenen systematischen Werke von Adler, System des österreichischen Markenrechts, und von Abel, System des österreichischen Markenrechts, hingewiesen; beide Werke sind durch Preise der Dierlschen Preisaufgabenstiftung ausgezeichnet worden.

§ 1. 1. Meißner, Die Sicherung der eingetragenen Warenzeichen, GewRschutz **09** 220 ff., erörtert die Maßregeln, die zum Schutze der Warenzeichen vom Zeicheninhaber ergriffen zu werden pflegen, besonders die sog. Defensivzeichen und die einzelnen Maßnahmen zur Abwehr von Eingriffen in das Zeichenrecht. — Hierzu Pflug, Ersparnisse im Warenzeichenwesen, GewRschutz **09** 410 ff., **10** 107 ff.

2. Ephraim, MschutzuWettbew. **9** 19, behandelt Warenzeichen und Reichsfinanzgesetz.

3. Unterscheidungskraft. a) PBl. **09** 313 (PA.). Ein Wort, das den Bewohner einer bestimmten Stadt bezeichnet (z. B. Krakowiak = Einwohner von Krakau), ist gemäß § 1 WZG. nicht eintragbar. b) PBl. **10** 264 (PA.). Das Wort „Hansabund" ist, weil es die Zugehörigkeit zu einer großen, den Interessen von Handel und Gewerbe dienenden Vereinigung angibt, nicht unterscheidungskräftig.

4. Begriff der Ware. **RG.** (Straff.) **42** 184 ff., PBl. **09** 221. Ein Gegenstand, der im Sinne des WZG. Ware ist, verliert dadurch allein, daß er mit einer anderen Ware, gegebenenfalls zu einem wirtschaftlichen Ganzen, verbunden wird, seine Eigenschaft als Ware nicht. Auf Löslichkeit oder Unlöslichkeit der Verbindung kommt es dabei nicht an. Der Zeichenschutz fällt nicht schon um deswillen weg, weil der Zeicheninhaber mit der Verwendung seines Warenzeichens Zwecke verfolgt, die über die gesetzlichen Zwecke des Warenzeichens hinausgehen.

§ 2. 1. Warenverzeichnis. PBl. **10** 141 (PA.). Die sogenannten Hilfsartikel, insbesondere Verpackungsmittel und Geschäftspapiere, sind nicht Waren im Sinne der §§ 1 und 2 WZG. und deshalb in Warenverzeichnissen nicht zuzulassen. — Vgl. hierzu Ephraim, ZIndR. **5** 1 ff.

2. Darstellung des Zeichens. PBl. **09** 168 (PA.). Die Forderung einer deutlichen Darstellung des Zeichens betrifft die Wiedergabe des im Verkehre zu führenden Zeichens, nicht dieses Zeichen selbst, so daß es dem Anmelder freisteht, ein undeutliches Zeichen zu wählen. Dessen Wiedergabe kann und darf nicht deutlicher sein als das Verkehrszeichen selbst. Die wegen der Undeutlichkeit des Zeichens etwa erforderliche Beschreibung hat nur die Grenzen des Erkennbaren festzustellen.

§ 4. 1. Freizeichen. a) Kohler, Inländische Marke und ausländisches Freizeichen, GewRschutz **09** 105 ff., verficht die Ansicht, daß nicht alles, was in einem Lande Freizeichen sei, in der ganzen Welt Freizeichen sein müsse. b) Ephraim, ZIndR. **4** 37 ff., erörtert die rechtliche Bedeutung der Freizeichenfeststellung. c) PBl. **09** 19 (PA.). Löschung des für Liköre und Spirituosen eingetragenen polnischen Wortes „Elektorska" abgelehnt, da zwar gegenwärtig dieses Wort regelmäßig als Übersetzung für „Kurfürstlichen" (Magenbitter) verstanden wird, diese Tatsache aber erst eine Folge der vor längeren Jahren zugunsten des Zeicheninhabers erfolgten Eintragung und Benutzung des Wortzeichens ist, die nicht zu dessen Nachteil gedeutet werden kann. d) R. **09** Nr. 2535 (Stuttgart). Das Gericht hat die Freizeicheneigenschaft nicht nachzuprüfen, wenn das Patentamt den Teil des Zeichens, der für die Gesamterscheinung allein maßgebend ist, bei der Eintragung nicht als Freizeichen angesehen hat. e) **RG.** PBl. **10** 332. Ein eingetragenes oder ein mit diesem nach § 20 WZG. verwechselbares Zeichen kann vom Gerichte nicht als Freizeichen festgestellt werden. f) PBl. **09** 20 (PA.). Erfolgt im Widerspruchsverfahren die Freizeichenprüfung bezüglich eines den beiden Zeichen gemeinsamen Bestandteils, so ist die Entwickelung bis zur Gegenwart zu beachten, weil die Eintragung des Gegenzeichens einen Zeitpunkt, der die Freizeichenbildung für den bloßen Bestandteil rechtlich begrenzte, nicht bildet. g) MschutzuWettbew. **8** 167 (PA.). Kaiser-Kognak ist nicht Freizeichen. h) MschutzuWettbew. **8** 140 (PA.). Das Wortzeichen „Bock" für Zigarren ist kein Freizeichen. i) PBl. **09** 215 ff., MschutzuWettbew. **8** 250 (PA.). Ein im Samenhandel üblicher Gebrauch, den Nachbau eines Züchtungsprodukts

schlechthin mit dem Namen des Züchters zu belegen, führt allein nicht dazu, daß dieser Name Freizeichen oder Beschaffenheitsangabe wird, denn es liegt nicht eine freie, sondern eine auf den Züchter selbst hinweisende Benutzung vor. Eine allgemeine Gepflogenheit im Samenhandel, die Absaat stets mit dem Namen des Züchters ohne weiteren Zusatz, die Originalsaat dagegen stets ausdrücklich als solche zu bezeichnen, besteht nicht. — Ebenso **RG.** PBl. **09** 225. **k)** ElsLothJZ. **09** 76 (Colmar). Hat das Patentamt ein Warenzeichen eingetragen, so dürfen die Gerichte nicht nachprüfen, ob das Zeichen oder einzelne Bestandteile davon Freizeichen seien. Die Verwendung einer anderen Farbe für das Zeichen ist unerheblich.

2. Beschaffenheitsangabe. **a)** Pudor, ZIndR. **5** 169 ff., behandelt Qualitäts- und Herkunftsbezeichnungen in der Textilindustrie. **b)** PBl. **09** 18 (PA.). Das Wort „Sorpresa" ist als Beschaffenheitsangabe nicht eintragungsfähig. **c)** PBl. **09** 276 (PA.). Flußnamen mit Warennamen sind schutzfähig, wenn in dem Flußgebiet eine besondere Gattung der Ware nicht üblich ist. „Emscher-Brunnen" keine Beschaffenheitsangabe für Klärvorrichtungen. **d)** PBl. **09** 314 (PA.). Kurrente Wörter einer fremden Kultursprache sind als beschreibende Angaben dem Weltverkehr unentbehrlich und den entsprechenden deutschen Wörtern gleichzustellen. Exhibition als englischer Ausdruck für Ausstellung ist nicht eintragbar. **e)** PBl. **09** 252 (PA.). Wörter, die Erscheinungen und Vorfälle des kaufmännischen Lebens kennzeichnen, wie „Lombard", „Pfand" u. dgl., sind nicht eintragbar. **f)** R. **09** Nr. 1811 (Hamburg). Wenn ein Wort, das dem allgemeinen Sprachschatz entnommen ist, passend die Beschaffenheit eines Gegenstandes bezeichnet, ist es als Beschaffenheitsangabe nicht eintragbar. Hierbei ist gleichgültig, ob die Wortverbindung neu und ob sie der deutschen oder einer fremden Sprache entnommen ist. **g)** PBl. **09** 220 (PA.). Namen farbiger Gegenstände sind für Farbstoffe nur dann beschreibend, wenn entweder ihre Verwendung zur Angabe einer Farbe oder eines Farbtons sprachüblich ist oder wenn die Angabe einer bestimmten Farbe oder die Angabe „farbig" dem betreffenden Namen angehängt ist. **h)** PBl. **10** 322 (PA.). Das Wortzeichen „Bergsteiger" für Fahrräder ist nicht eintragbar. **i)** PBl. **09** 33 (PA.). Eine fremdsprachige Wendung gibt auch dann eine Beschaffenheit an, wenn sie nur in deutschen Verkehrskreisen als sprachlich einwandfrei und im Sinne einer beschreibenden Angabe verständlich angesehen wird, sollte sie auch den Regeln der fremden Sprache nicht genau entsprechen. **„Best by test"** ist nicht schutzfähig. **k)** PBl. **10** 166 (PA.). Auch die weibliche Form eines beschreibenden Eigenschaftsworts ist, da es Warennamen weiblichen Geschlechts gibt, nach § 4 Zif. 1 WZG. nicht schutzfähig. Mehrdeutige Wörter sind in der Regel nicht einzutragen, wenn sie auch nur in einer Bedeutung beschreibend sind. Wortzeichen „Vera" ist nicht eintragbar. **l)** PBl. **09** 18 (PA.). Das Wort „Piccolo" ist in der Bedeutung „klein" dem deutschen Verkehre bekannt. Es kann nicht eingetragen werden, wo eine verhältnismäßige Kleinheit für die Ware oder für deren Aufmachung in Betracht kommt. **m)** PBl. **10** 321 (PA.). Ist ein Wort zur Beschaffenheitsangabe geworden, so greift der Versagungsgrund nach § 4 Ziff. 1 WZG. auch gegen den durch, der es zuerst für die betreffenden Waren verwendet und dadurch veranlaßt hat, daß es als Beschaffenheitsangabe in die Fachsprache aufgenommen worden ist.

3. Herkunftsbezeichnung. **a)** ZIndR. **4** 129 (PA.). **Arctic** ist als Zeichen für Fette und Öle, weil Herkunftsbezeichnung, nicht eintragbar. **b)** PBl. **09** 34 (PA.). Wenn mitunter ganz geringe Veränderungen einer beschreibenden Angabe genügen, um ein schutzfähiges Wortzeichen zu schaffen, so kann dies doch nicht gelten, wo auch das veränderte Wort, wenn auch veraltet, in ähnlichem Sinne dem Sprachschatz angehört. „Teutsch" ist deshalb nicht schutzfähig. **c)** **RG.** PBl. **10** 169. Der Ausdruck „Pilsener Bier" — auch mit Beifügung eines anderen Ortsnamens, aber ohne Kennzeichnung des anderen Ortes als Braustätte — hat im Handels-

gebrauche den Charakter einer Herkunftsbezeichnung noch nicht verloren und ist nicht bloße Qualitätsangabe. **d)** PBl. **09** 142 (PA.). Die Abkürzung eines Mineralquellennamens in der Weise, daß nur der Name des Herkunftsorts stehen bleibt (z. B. „Roisdorfer" statt „Roisdorfer Wasser"), ist auch dann nicht schutzfähig, wenn die Abkürzung vom Verkehr aufgenommen worden ist. **e)** Ägyptische Zigaretten. Kloeppel, MschutzuWettbew. 8 103, behandelt die Bezeichnung „Ägyptische Zigaretten". (Vgl. JDR. **7** Ziff. 5.) — MschutzuWettbew. 8 227 (Hamburg). Die Bezeichnung „ägyptische Zigaretten" ist echte Herkunftsbezeichnung.

4. Bestimmungsangabe. PBl. **09** 33 (PA.). Eine unzulässige Bestimmungsangabe liegt nicht erst dann vor, wenn die Ware ausschließlich für den angegebenen Zweck bestimmt ist. Es genügt, wenn dieser als einer von vielen für den Verkehr ernsthaft in Betracht kommt. Die Ernstlichkeit einer Bestimmungsangabe hat eine besondere Beschaffenheit der Ware nicht zur Voraussetzung. „Polo" für Fahrräder und Zubehör nicht schutzfähig.

5. Wappenrecht. **RG. 71** 264, PBl. **10** 123. Das Wappenrecht bildet nicht einen Bestandteil des Namensrechts; es ist vielmehr ein von diesen verschiedenes, besonderes Recht, auf das daher die namensrechtlichen Gesetzesvorschriften des Bürgerlichen Rechtes an sich nicht Anwendung finden.

6. Täuschungsgefahr (s. auch §§ 9 u. 20). **a)** PBl. **09** 315 (PA.). Bei Surrogaten führen Angaben, die auf die echten Waren im Verkehre bezogen werden, irre, gleichviel, ob sie in Worten bestehen oder in Bildern. Für Margarine kann die Bezeichnung „Kuhkopf mit dem Kleeblatt" nicht eingetragen werden. **b)** PBl. **10** 203 (PA.). Der Umstand, daß ein Wort phantasievoll genug gebildet oder gewählt ist, um gegenüber § 4 Ziff. 1 WZG. eingetragen werden zu können, schließt nicht aus, daß es Unzutreffendes angibt und irreführt. — Das Wort Portrevin als Zeichen für einen nicht aus dem portugiesischen Bezirke des Douro stammenden Wein verstößt gegen § 4 Ziff. 3 aaO. **c)** PBl. **10** 139 (PA.). Wenn bei Warenzeichen, die aus Familiennamen bestehen, der in beiden Zeichen enthaltene Name für den deutschen Verkehr ungewöhnlich ist, so kann der Satz, daß eine Zutat zum Namen oder daß die Verschiedenheit der Vornamen oder ihrer Anfangsbuchstaben zur Unterscheidung ausreicht, eine Ausnahme erleiden. **d)** PBl. **10** 20 (PA.). Übereinstimmung von „Böhmisch Kindl" und „Kindlbräu". Die Verneinung der Übereinstimmung der aus Ortsnamen und den Worten Bürgerbräu oder Löwenbräu gebildeten Zeichen beruht auf der eigenartigen historischen Entwicklung dieser Zeichen und ist daher für Zeichen, bei denen eine derartige Entwicklung fehlt, nicht maßgebend. **e)** PBl. **10** 20 (PA.). Wörter, die aus den gleichen Silben oder Buchstaben bestehen, können auch dann übereinstimmen, wenn diese Bestandteile gegeneinander versetzt erscheinen. Sanodentin und Dentisano sind verwechselbar. **f)** PBl. **10** 265 (PA.). Aus einem freien Stammworte gebildete Phantasiewörter stimmen untereinander überein, wenn sie in der Art der Abwandlung sich ähneln. Das Zeichen Mulsion hindert die Eintragung von Siccomulsion, nicht aber die von Lecimulsin.

7. Wiedereintragung, Sperrfrist. **a)** Landenberger, MschutzuWettbew. **9** 45, gibt Ausführungen zur Auslegung des § 4 Abs. 2 WZG. **b)** du Chesne, MschutzuWettbew. **9** 8, behandelt gelöschte Warenzeichen und Sperrfrist. **c)** PBl. **09** 35 (PA.). Die Löschung hat die zweijährige Sperre des Zeichens für andere auch dann zur Folge, wenn wegen ursprünglichen Nichtvorhandenseins eines Geschäftsbetriebs der Inhaber gerichtlich zur Löschung verurteilt worden ist.

§ 5. Gleichartigkeit (s. auch § 9). **a)** PBl. **09** 34 (PA.). „Bier" und „alkoholfreie Getränke" sind gleichartige Waren. **b)** PBl. **10** 238. Mit „Wein und Spirituosen" sind gleichartig: „alkoholfreie Getränke", sowie „alkoholfreie Fruchtgetränke"; dagegen ungleichartig: „Limonaden, Mineralwässer, Fruchtsirup und

Fruchtessig". c) MschutzuWettbew. 8 167 (PA.). Alkoholfreie oder kohlensäurehaltige Fruchtweine sind mit Wein und Schaumwein gleichartig. d) MschutzuWettbew. 8 168 (PA.). Bier ist mit Wein, Schaumwein oder Spirituosen nicht gleichartig. e) PBl. **10** 239 (PA.). Rohtabak und Tabakfabrikate sind gleichartige Waren. f) PBl. **10** 125 (Braunschweig). Nähmaschinennadeln sind mit Nähmaschinen gleichartig.

§ 6. Übereinstimmung. PBl. **09** 318 (PA.). Aus Bild und Inschrift zusammengesetzte Zeichen können nach jeder dieser beiden Richtungen mit einfachem Bild- oder Wortzeichen übereinstimmen; daher ist ein Wortzeichen mit der üblichen Benennung des Bildinhalts ohne Heranziehung der Inschrift zu vergleichen.

§ 7. 1. Geschäftsübertragung. OLG. **16** 129, MschutzuWettbew. 8 227 (Hamburg). Im allgemeinen wird die Vermutung gerechtfertigt sein, daß mit der Übertragung des Geschäftsbetriebs, auch ohne besondere ausdrückliche Bestimmung, die Übertragung der Warenzeichen beabsichtigt war. Aber dabei kann die Frage, ob das Geschäft mit den Aktivis übergeht, nicht entscheidend sein; denn das Recht an der Schutzmarke ist nach allgemeinem Sprachgebrauche nicht wie ein Aktivum der Geschäftsbilanz aufzufassen.

2. Pflegschaft. OLG. **20** 296, ZIndR. **5** 186 (Hamburg). Wird in Deutschland einem aus einer Zeicheneintragung Berechtigten nach seiner Entmündigung ein Vormund oder wegen Abwesenheit ein Pfleger bestellt, so ist dieser ohne Umschreibung berechtigt, über die Zeichen zugleich mit dem Geschäftsbetriebe zu verfügen. Anders liegt es, wenn ein ausländischer Staat unbekannten Beteiligten einen Vertreter zur Wahrnehmung ihrer Rechte bestellt.

3. Lizenz. **RG.** PBl. **10** 145. Der Inhalt einer Warenzeichenlizenz besteht lediglich in dem Verzichte des Zeicheninhabers auf Geltendmachung seiner Zeichenrechte gegenüber dem Lizenznehmer und gibt diesem keine Einrede gegenüber den Zeichenrechten eines Dritten.

4. Abtretung. **RG.** MschutzuWettbew. **8** 152. Erst nach Eintragung seines Rechtserwerbes kann der Zessionar eines Warenzeichens seine Rechte gegen Dritte geltend machen.

§ 8. Löschungsverfahren. PBl. **09** 315 (PA.). In dem patentamtlichen Löschungsverfahren ist der Einwand rechtskräftig entschiedener Sache nicht gegeben. Die Eintragung eines unrichtigen Anmeldetags bildet keinen Grund für die Löschung eines Zeichens. Die Löschung eines Erneuerungsvermerkes und damit des Zeichens selbst darf, abgesehen von Schreibversehen und dgl., nicht von Amts wegen oder auf Antrag durch das Patentamt deshalb erfolgen, weil die Erneuerung der Anmeldung hätte abgelehnt werden sollen. In solchem Falle kann das rechtswidrig fortbestehende Zeichen nur auf gerichtliches Urteil hin gelöscht werden.

§ 9. 1. Paul Alexander-Katz, ZIndR. **5** 277 ff., untersucht die Bedeutung des Einwandes der Rechtskraft in Warenzeichensachen.

2. Gleichartigkeit (s. auch § 5). a) **RG. 72** 146 ff., PBl. **10** 266. Für den Begriff der Gleichartigkeit kommt es nicht darauf an, ob Waren ihrem Wesen, insbesondere ihrem Stoffe nach verschieden sind, und ob die Waren verwechselt werden können; die Möglichkeit der Verwechselung der Waren ist keine Voraussetzung der „Gleichartigkeit" der Waren im Sinne des Warenzeichengesetzes. Maizena-Mehl als Backmaterial und Malzena-Mehl als Backhilfsmittel sind gleichartige Waren. b) HansGZ. **10** Hauptbl. 150, R. **10** Nr. 2750 (Hamburg). Spirituosen und Sprit sind nicht gleichartig. Das für Sprit eingetragene Wortzeichen „Iwanowna" verletzt nicht das für Tafelbitterlikör eingetragene Wortzeichen „Iwan".

3. Geschäftsbetrieb. a) Paul Alexander-Katz, ZIndR. **4** 256ff., Firma, Warenzeichen, Vorbenutzungsrechte und ähnliche Rechte als Nebenrechte (Zubehör) des Betriebs. b) PBl. **09** 44 (Hamburg). Ein Warenzeichen ist für solche Waren, deren Herstellung oder Vertrieb nach der Absicht des Inhabers nicht im eigenen

sondern in einem fremden Geschäftsbetriebe, wenn auch unter Verwendung der im eigenen Betriebe hergestellten Erzeugnisse, erfolgt, aus § 9 Ziff. 2 WZG. zu löschen. c) **RG. 74** 431 ff. Die Identität einer Firma wird nicht dadurch berührt, daß ohne Änderung der Firma nur deren Inhaber wechselt. In einem solchen Falle bedarf es nicht eines Übergangsvermerkes in der Zeichenrolle. Das Zeichen steht vielmehr, wenn es für die Firma eingetragen ist, dem jedesmaligen Firmeninhaber zu. Die Frage, ob eine ausländische Firma, für die ein Zeichen eingetragen ist, weiter besteht, wenn die Inhaber wechseln und infolgedessen die alte Firma gelöscht und wieder eingetragen wird, ist nach dem Rechte des Ortes zu beantworten, an dem die Firma ihre Niederlassung hat.

4. Täuschungsgefahr (s. auch §§ 4 u. 20). a) MschutzuWettbew. 8 314 (PA.). Für Seifen, Parfümerien und kosmetische Artikel, die zu dem Elemente Radium in keinerlei Beziehung stehen, begründet das Wort Radium eine Täuschungsgefahr. b) MschutzuWettbew. 8 307 (Hamburg). Für Öle, die nicht im Vakuumverfahren hergestellt sind, begründet das Wort „Vakuum" eine Täuschungsgefahr. c) **RG. 74** 303 ff. Die Zeichen „Biocitin" und „Neocithin" unterliegen nicht der Gefahr, miteinander im Verkehre verwechselt zu werden. Die Bezeichnung „Neocithin" lehnt sich eng an die freie Bezeichnung „Lecithin" an; die Beschaffenheit des Präparats ist danach dem Publikum im allgemeinen geläufig. d) **RG.** PBl. **10** 144. Verwechselungsgefahr zwischen Wortzeichen (Silicar und Silicarborund) besteht, wenn sie nach dem Eindrucke, den sie als Ganzes auf das Auge oder auf das Ohr machen, übereinstimmen. Die Verschiedenheit des bei der Wortbildung beabsichtigten, aber für die beteiligten Verkehrskreise nicht allgemein verständlichen Sinnes ist ohne Bedeutung. e) PBl. **09** 122. Ein Wortzeichen für Weine, das sich nach Fassung und Klang an die üblichen Namen von Weinbergslagen anlehnt, ist nach § 9 Ziff. 3 WZG. zu löschen, wenn das Wort als Benennung eines dem Zeicheninhaber gehörenden Weinguts weder im Kataster eingetragen noch im Volksmund üblich ist. f) **RG.** LeipzZ. **09** 65. Auch auf Teillöschung eines Warenzeichens kann erkannt werden, nämlich wenn nur wegen eines Teiles der Waren, für die es eingetragen ist, Täuschungsgefahr besteht. g) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 225. Für die Frage der Verwechselungsgefahr kommt es darauf an, ob die charakteristischen Merkmale der beiden Zeichen auch bei der flüchtigen Prüfung, die im Verkehr üblich ist, zur Unterscheidung ausreichen; es kommt immer auf den Gesamteindruck an.

5. Andere Löschungsgründe. a) **RG.** PBl. **09** 36, MschutzuWettbew. 8 108 ff. Nachsuchung des Zeichenschutzes für eine zu Reklamezwecken vertragsmäßig überlassene Zeichnung begründet als Verletzung der Vertragstreue und Verstoß gegen § 826 BGB. die Löschungsklage. b) **RG.** MschutzuWettbew. 8 133. Wenn auch der, der die Eintragung des von ihm bisher benutzten Zeichens für sich nicht beantragt hat, sich nicht auf seinen früheren Besitzstand dem eingetragenen Inhaber gegenüber berufen kann, sollen doch dadurch nicht die in den §§ 226, 826 BGB. zum Ausdrucke gebrachten Grundsätze zum Schutze gegen illoyale Handlungen ausgeschlossen sein. c) **RG. 74** 308 ff. Der Name oder das Bildnis einer Person darf ohne deren Einwilligung nicht von einem Dritten als Warenzeichen gebraucht werden (§ 12 BGB.). — In demselben Sinne SächsRpflA. **09** 142 (LG. Leipzig); MschutzuWettbew. 8 214, BadRpr. **10** 115 (Karlsruhe).

§ 12. 1. Defensivzeichen. Kloeppel, MschutzuWettbew. 8 93, behandelt die mißbräuchliche Anmeldung von Warenzeichen.

2. Rabattmarken. Finger, MschutzuWettbew. 8 180 ff., erörtert den Schutz von Rabattmarken.

3. GewRschutz **10** 47 ff. (Cöln). Schutz der Luhnschen Umbandstreifen verschiedener Farbe; Verwechselungsfähigkeit; Defensivzeichen; wissentliche Zeichenverletzung.

4. **RG. 71** 41 ff., JW. **09** 368, PBl. **09** 296, MschutzuWettbew. **9** 58, ZIndR. **4** 209. In ein fremdes Warenzeichen wird immer schon dann eingegriffen, wenn jemand seine Ware unbefugt mit dem fremden Zeichen versehen, d. h. unter körperlicher Anbringung des fremden Zeichens bezeichnet hat. Ob dabei beabsichtigt war, in ein fremdes Zeichenrecht einzugreifen, oder was überhaupt der Zweck der Kennzeichnung war, insbesondere auch, ob die Ware mit einem Warenzeichen oder mit einer Firma hat versehen werden sollen, ist unerheblich. Es kommt allein darauf an, ob sich eine Ware rein objektiv als mit dem fremden Zeichen versehen darstellt.

5. **RG. 74** 40 ff., PBl. **10** 313, JW. **10** 839, R. **10** Nr. 2941. Die Lieferung von Ersatzteilen zu Maschinen, die mit einem Warenzeichen versehen sind, verletzt nicht ohne weiteres und ohne das Hinzutreten anderweitiger Umstände das Warenzeichen des anderen, der die Maschinen mit seinem Warenzeichen versehen hat.

6. MschutzuWettbew. **8** 306 (KG.). Dem Warenzeichengesetz ist ein Benutzungszwang unbekannt. Daher kann auch aus einem nicht benutzten Zeichen auf Unterlassung der Benutzung und auf Löschung des jüngeren Zeichens geklagt werden; demgegenüber greift der Einwand der Arglist nicht durch. — Ebenso ZIndR. **4** 249 (Kiel).

7. **RG.** MschutzuWettbew. **9** 383. Gegen den Schutzanspruch aus § 12 WZG. dringt die Einrede, das eingetragene Zeichen sei nicht eintragungsfähig, nicht durch.

8. **RG.** MschutzuWettbew. **8** 159. Der Inhaber eines Warenzeichenrechts kann auf dieses zugunsten eines anderen verzichten.

9. PBl. **09** 37. Die Eintragung eines farbigen Zeichens begründet dessen Schutz auch für Verwendung in anderer Farbe, wenn nicht ersichtlich ist, daß nur für die gewählte Farbe Schutz beansprucht und gewährt ist. (Vgl. IDR. **7** Ziff. 7.)

10. **RG.** PBl. **09** 294. Hat eine Verletzung des Zeichenrechts stattgefunden, so ist die Klage auf Unterlassung weiterer Störungen auch dann gegeben, wenn der Beklagte von solchen zwar tatsächlich abgelassen, aber ein Anerkenntnis, zu der Zeichenbenutzung nicht berechtigt zu sein, verweigert hat.

11. **RG.** PBl. **10** 23. Ein Geschmacksmuster, dessen Anbringung auf der Ware den Zweck und die Wirkung der Verzierung hat, kann gleichzeitig als Warenzeichen wirken und ein fremdes Zeichenrecht verletzen.

12. PBl. **09** 323, MschutzuWettbew. **9** 34 (Hamburg). Die Verpflichtung eines Zeicheninhabers, sein Zeichen löschen zu lassen, weil es mit dem älteren Zeichen eines anderen übereinstimmt, hat zur Folge, daß er auf Grund dieses Zeichens auch keinen Widerspruch gegen die Eintragung eines übereinstimmenden, von dem anderen neu angemeldeten Zeichens erheben darf.

13. PBl. **09** 226 (Stuttgart). Wortzeichen, die aus einem schutzfähigen und einem an sich nicht schutzfähigem Worte zusammengesetzt sind, sind zeichenrechtlich als ein Ganzes anzusehen. Es ist unzulässig, bei der Vergleichung eines solchen Zeichens mit einem anderen den in beiden enthaltenen, für sich allein nicht schutzfähigen Bestandteil auszuschalten und nur den Rest auf zeichenrechtliche Übereinstimmung zu prüfen, die Prüfung hat sich vielmehr auf den Gesamteindruck der beiden Worte zu erstrecken. „Davids-Harp" und „Druids-Harp".

§§ 12, 14. Verhältnis zum Strafgesetze. **RG.** (Straff.) **43** 145 ff., PBl. **10** 331. Das Warenzeichengesetz regelt, soweit es den Gebrauch von Warenzeichen betrifft, privatrechtlich und strafrechtlich nur die zeichenrechtlichen Befugnisse des Zeicheninhabers, § 12 insbesondere nur den Inhalt und Umfang dieser Befugnisse im Verhältnisse zu Dritten, zum Gebrauche des Zeichens nicht berechtigter Personen. Der § 184 Nr. 3 StGB. aber erläßt vom Standpunkte des allgemeinen

Strafrechts aus gewisse Strafverbote für den Verkehr mit Waren bestimmter Art und unterwirft damit diesen Verkehr gewissen Beschränkungen ohne Rücksicht auf etwaigen Zeichenschutz.

§§ 12, 15. Paul Alexander-Katz, ZIndR. 5 49 ff., erörtert das Vorbenutzungsrecht an Warenzeichen und Ausstattungen. Hierzu Benjamin, ZIndR. 5 109 ff.

§ 13. 1. Krüger, MschutzuWettbew. 9 283, 333, 368, behandelt die Personen- und Firmennamen als Warenzeichen und als Bestandteile von Warenzeichen.

2. **RG.** **73** 170 ff., PBl. **10** 267, MschutzuWettbew. **9** 384, JW. **10** 587, R. **10** Nr. 2090. Der § 13 WZG. unterliegt einer Einschränkung insofern, als von dem in ihm gewährleisteten Rechte nicht ein Gebrauch gemacht werden darf, der den Absichten des Gesetzes zuwiderläuft. Ein solcher Mißbrauch liegt vor, wenn besondere Veranstaltungen getroffen werden, um das dem Eingetragenen gewährleistete Recht illusorisch zu machen. Eine solche besondere Veranstaltung ist es, wenn zur Bezeichnung von Waren Scheinangaben gewählt werden, die mit dem geschützten Zeichen gleichlauten oder ihm ähnlich sind; denn § 13 deckt nur ernstgemeinte, wahre Angaben.

3. DJZ. **10** 975, R. **10** Nr. 3667 (Düsseldorf). Für willkürliche Bestandteile einer Firma, die erst nach Eintragung des Warenzeichens angenommen worden ist, gilt § 13 nicht; diesem Bestandteile gegenüber greift das Verbot des § 12 durch.

4. **RG.** SächsRpflA. **10** 484. Dadurch, daß sich jemand zur Warenbezeichnung seines bürgerlichen Namens in Verbindung mit einer an sich erlaubten Beschaffenheitsangabe bedient, kann das für einen anderen eingetragene Zeichen verletzt werden. „Bilz-Brause".

5. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 133. „Name" im Sinne des § 13 ist der Familienname. Der Gebrauch eines Namens in abgekürzter Form ist ebenso wie der Gebrauch einer Firma in abgekürzter Form dann zulässig, wenn eine willkürliche, dem wesentlichen Inhalte des Namens oder der Firma als Schlagwort entnommene Abkürzung des in Betracht kommenden Namens oder Firma eingeführt war. — Vgl. MschutzuWettbew. **8** 83.

6. Warenname. a) **RG.** MschutzuWettbew. **9** 383. Ist ein freier Warenname mit anderen Elementen so verbunden worden, daß die Gesamterscheinung nun einem eingetragenen Zeichen gleicht, so gewährt § 13 WZG. keinen Schutz. b) **RG.** R. **10** Nr. 1007, MschutzuWettbew. **9** 311. Ein Wort, das, wie z. B. „Nährzucker", nach der Auffassung der beteiligten Kreise die Bedeutung der sachlichen Bezeichnung einer Ware erlangt hat, kann auch dann nicht zeichenrechtlich geschützt werden, wenn für das fragliche Präparat die Bezeichnung sachlich nicht paßt. c) **RG.** **73** 229 ff., PBl. **10** 309, MschutzuWettbew. **9** 309, ZIndR. **5** 154. Ein als Warenzeichen eingetragenes Phantasiewort, ebenso wie ein Familienname, kann zum freien Waren namen werden ohne irgendeine Verletzung des Zeichenrechts. Denn entscheidend dafür, ob ein solches Wort der im Verkehr übliche Name für alle Waren einer bestimmten Art, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft, geworden ist, ist der allgemeine Sprachgebrauch. Dieser aber kann als solcher nicht gegen das Zeichenrecht verstoßen, das niemand hindert, ein als Warenzeichen geschütztes Wort als Namen für bestimmte Warengattungen zu gebrauchen . . . . . . Daß ein solches Wort im Ausland Individualzeichen geblieben ist, steht der Annahme nicht entgegen, daß es in Deutschland freier Warenname geworden ist. d) PBl. **09** 37. „Liberty" ist Warenname geworden. Man versteht unter „Liberty" in Deutschland einen leichten, weichen, glänzenden Gewebestoff. Die Erinnerung daran, daß „Liberty" ursprünglich der Name des Gründers

eines mit Seidenwaren handelnden Geschäftshauses in London gewesen, ist erloschen. e) MschutzuWettbew. 9 321 (Celle). Die Bezeichnung „Knickebein" ist als Beschaffenheitsangabe für eine Art von Likör anzusehen. Der Name „Knickebeinpraliné" für Pralinés, deren Füllung aus Likör und Eigelb besteht und im Geschmacke dem Knickebeinlikör entspricht, genießt den Schutz des § 13 und ist deshalb nicht eine Verletzung des Warenzeichens „Knickebein". f) **RG.** SächsRpflA. **10** 95, GoltdA. **57** 223, MschutzuWettbew. **9** 306. „Technolexikon" ist nicht reine und ausschließliche Beschaffenheitsangabe, sondern zugleich eine neue und eigentümliche Wortbezeichnung, die geeignet ist, die aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe stammenden Waren zu kennzeichnen. Daher ist § 13 nicht anwendbar.

§ 14. 1. **RG.** R. **10** Nr. 2769, MschutzuWettbew. **9** 305. Zum Begriffe der Wissentlichkeit gehört das Bewußtsein der Verwechselungsgefahr.

2. PBl. **09** 40. Es ist keine Klagänderung, wenn der Kläger wegen Verletzung des Warenzeichenrechts neben der ursprünglichen Schadensersatzforderung die Unterlassung weiterer Störungen fordert. Auch ein auf grober Fahrlässigkeit beruhender Irrtum schließt die wissentliche Verletzung fremder Zeichenrechte aus.

3. **RG.** JW. **10** 341, MschutzuWettbew. **10** 57, ZIndR. **5** 107. Die Hinzufügung der Firma zu dem geschützten Bildzeichen eines andern schließt den Schutz für dieses Bildzeichen des anderen nicht aus; für die Strafbarkeit des Vergehens, das durch die widerrechtliche Benutzung begangen wird, genügt Eventualdolus.

4. **RG.** PBl. **09** 188. Ist mehreren dasselbe Zeichen für verschiedene Waren geschützt („Wasserperle" dem einen für Webstoffe u. dgl., dem anderen für ein Imprägniermittel), so kann das Versehen von Geschäftspapieren mit dem Zeichen durch einen der Inhaber rechtswidrig sein. Es kommt darauf an, ob das Zeichen durch die Art seiner Verwendung bei dem Leser die Meinung erweckt, als diente es zur Bezeichnung der fremden Warengattung.

5. SeuffA. **64** 198, SchlHolstAnz. **07** 145 (Kiel). Mißbrauch einer fremden Firma durch die unwahre Aufschrift an einem Geschäftslokal „Alleinverkauf der Firma N. N. in X." ist zwar nach § 37 Abs. 2 HGB. unzulässig, fällt aber nicht unter § 14 WZG.

6. **RG.** PBl. **10** 21. Wer einerseits Fahrräder, andererseits Blechschilder mit eingeätztem, in Deutschland für Fahrräder, aber nicht für Fahrradschilder oder gleichartige Waren geschütztem Wortzeichen nach dem Auslande vertreibt, wo dieses Zeichen für den inländischen Inhaber nicht geschützt ist, handelt nicht widerrechtlich und begeht auch dann keine strafbare Beihilfe, wenn die Fahrräder im Auslande mit den gelieferten Schildern versehen werden.

7. **RG.** (Straff.) **43** 136, PBl. **10** 240. Zeichenrecht des Zeicheninhabers ist kein höchstpersönliches Recht.

8. **RG.** PBl. **10** 311. Ein von Anfang an mit einer altertümlichen Marke ausgestattetes echtes, altes Kunstwerk gilt nicht dadurch als widerrechtlich gekennzeichnet im Sinne von § 14 WZG., daß ein ihr zum Verwechseln ähnliches Warenzeichen für gleichartige Waren neuerdings eingetragen worden ist.

9. Verletzter. a) **RG.** (Straff.) **43** 335 ff., PBl. **10** 313. Steht das Recht aus einem für eine Firma eingetragenen Zeichen, wie ständig anerkannt, dem jeweiligen Firmeninhaber zu, so wird durch Eingriffe in das Recht derjenige verletzt, der zu der Zeit, wo der Eingriff erfolgt, Firmeninhaber ist. Also ist zum Strafantrage nur der befugt, der zur Zeit der Zeichenverletzung Firmeninhaber war. b) **RG.** MschutzuWettbew. **8** 152. Verletzter im Sinne des § 14 ist stets der wirkliche Inhaber des Warenzeichenrechts, wenn auch in der Zeichenrolle noch sein Rechtsvorgänger eingetragen ist. c) **RG.**

PBl. **10** 306. Bei einem für eine offene Handelsgesellschaft eingetragenen Warenzeichen ist als Verletzter und Beschädigter im Sinne der §§ 14, 18 WZG., auch während der Liquidation der Gesellschaft jeder einzelne Gesellschafter anzusehen, also auch berechtigt, im eigenen Namen Strafantrag zu stellen und Buße zu verlangen.

10. Versehen. a) **RG.** (Straff.) **43** 177 ff., PBl. **10** 242, MschutzuWettbew. **10** 94. Zum „Versehen" gehört auch die im Geschäftsbetrieb erfolgende Verwendung schon fertiger, das fremde Warenzeichen aufweisender Ankündigungen, Preislisten usw. b) **RG.** (Straff.) **43** 87 ff. (verein. Straffen.), SächsRpflA. **10** 239, PBl. **09** 192, **10** 322, MschutzuWettbew. **8** 133, 298, **9** 395. Wer als Verkäufer in ein Gefäß, das ihm vom Käufer zur Verfügung gestellt worden und das, wie er weiß, mit einem gesetzlich geschützten Warenzeichen versehen ist, das aber, ihm erkennbar, der Käufer mit der Ware zu seinem Privatgebrauche verwenden will, ohne eigene Berechtigung zum Gebrauche des Zeichens eine andere als die vom Käufer verlangte und dem geschützten Zeichen entsprechende gleichartige Ware einfüllt, ohne den Käufer darüber aufzuklären, versieht nicht wissentlich und widerrechtlich eine Ware mit einem geschützten Zeichen. Er bringt auch damit nicht eine widerrechtlich gekennzeichnete Ware wissentlich in Verkehr.

11. Antragsfrist. **RG.** MschutzuWettbew. **8** 110. Die Antragsfrist beginnt erst zu laufen, wenn die Kenntnisnahme vollendet ist. Der Verletzte muß die Kenntnis von der Person des Täters und zwar in vollem Umfange, nicht nur hinsichtlich des objektiven, sondern auch des subjektiven Tatbestandes erlangt haben. Die bloße Möglichkeit, sich Kenntnis zu verschaffen, genügt nicht; ebensowenig die bloße Vermutung, selbst nicht dringender Verdacht. Auch zu Nachforschungen ist der Verletzte nicht verpflichtet.

§§ 14, 15. Verhältnis zum Preßgesetze. **RG.** (Straff.) **42** 87 ff., MschutzuWettbew. **9** 385. Auf die unter Strafe gestellten Tatbestände der §§ 14, 15 ist § 22 PreßG. nicht ohne weiteres anzuwenden. Nur wenn Gegenstand der Verbreitung ein Preßerzeugnis als solches ist, können die Voraussetzungen des § 22 PreßG. erfüllt sein.

§§ 14, 15, 20. Irrtum über das Strafgesetz. a) **RG.** (Straff.) **42** 137 ff., PBl. **09** 42, ZIndR. **4** 210. Ein Angeklagter kann sich gegenüber einer Anklage aus §§ 14, 15, 20 WZG. nicht ohne weiteres auf eine ihm erteilte Rechtsauskunft eines Patentanwalts berufen. Auch ist die Einwendung unerheblich, der Angeklagte habe sein Geschäftspersonal angewiesen, die Kunden bei dem Verkaufe der Ware darauf hinzuweisen, daß die Ware nicht die gewünschte geschützte, sondern eine andere ähnlichen Namens sei. Zum Nachweise der Täuschungsabsicht genügt es, daß der Angeklagte diesen Zweck lediglich für die Zeit des Feilhaltens der Ware verfolgte, bei der Veräußerung selbst aber die Kunden über den Sachverhalt aufklären lassen wollte. b) **RG.** PBl. **09** 171. Die Annahme, ein fremdes Zeichen dürfe benutzt werden, weil die bezeichnete Ware nicht als reguläre Handelsware, sondern als Ramschware in den Verkehr gebracht werde, ist als Irrtum über den Umfang des strafrechtlichen Schutzes unbeachtlich.

§ 15. 1. Täuschungszweck. a) **RG.** **73** 253 ff., JW. **10** 587, R. **10** Nr. 2091. Zur Begründung des Anspruchs auf Unterlassung der Benutzung einer Ausstattung genügt nicht die bloße Tatsache, daß die als Kennzeichen der Ware eines anderen dienende Ausstattung verwendet wird, sondern es ist nötig, daß diese Verwendung zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr geschieht. b) R. **10** Nr. 2409. Ein Gewerbetreibender handelt nicht schon dadurch gegen das Gesetz, daß er die Ausstattung eines anderen nachbildet, um den Kunden die begehrte Ware in einer ihnen gewohnten Form darzubieten. Er verstößt

erst dann gegen § 15, wenn er bezweckt, daß seine Ware im Verkehre für die des anderen gehalten werde und wenn er aus diesem Grunde die Ähnlichkeit in der Ausstattung bis zur Verwechselungsmöglichkeit treibt. c) **RG.** PBl. **09** 170. Für die Annahme der Verwechselbarkeit zweier Ausstattungen können auch solche äußeren Merkmale unterstützend herangezogen werden, denen bei der Entscheidung über Verwechselbarkeit von Warenzeichen ein Einfluß abzusprechen wäre.

2. Ausstattung. a) R. **10** Nr. 2299 (Colmar). Die Ausstattung braucht nicht im ausschließlichen Besitz eines Gewerbetreibenden zu bestehen, sondern die Berechtigung zum Gebrauche der Ausstattung kann auch mehreren Personen zugleich zustehen. b) **RG.** JW. **09** 669, PBl. **10** 149. Die Ausstattung einer Ware im Sinne des § 15 ist etwas Äußerliches, eine äußere, mit den Augen wahrnehmbare Zutat zu der Ware und muß vermöge dieser äußeren Zutat geeignet sein, ein unterscheidendes Merkmal dieser Ware von gleichartigen Waren anderer Gewerbetreibenden zu bilden. c) **RG.** MschutzuWettbew. **8** 300. Die Aufmachung oder Ausstattung einer Ware kann in deren besonderer äußerer Gestaltung liegen. d) **RG.** PBl. **09** 190. Die Ausstattung eines Geschäftspapiers durch ein Kennwort gemäß § 15 WZG. liegt nicht schon dann vor, wenn dieses Wort irgendwie, z. B. in einer Preisliste als Kennzeichnung einer bestimmten Warensorte, verwendet ist, sondern erst dann, wenn durch die Art der Benutzung, z. B. als Aufschrift, das Geschäftspapier nach seiner Gesamterscheinung zu der unter dem Kennworte vertriebenen Ware in Beziehung gebracht ist. Die Benutzung eines fremden, wenn auch ungeschützten Kennworts zur Bezeichnung einer Warensorte in einer Preisliste kann als Herkunftsbezeichnung und damit als unrichtige Angabe im Sinne von § 1 UnlWG. aufgefaßt werden. e) PBl. **09** 319. Eine wörtliche Bezeichnung der Ware gilt nur insoweit als Ausstattung im Sinne des § 15 WZG., als sie eine eigenartige und gleichmäßige Gestaltung des Wortes durch typographische Darstellung, durch Farbe oder ähnliche Mittel aufweist. Der von dem Warenzeichengesetz und dem Wettbewerbsgesetze nicht getroffene Gebrauch einer Warenbezeichnung (auch einer bloß wörtlichen) zum Zwecke der Täuschung in bezug auf den Warenvertrieb kann einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. enthalten. f) **RG.** MschutzuWettbew. **8** 154. Ausstattung einer Preisliste mit fremdem Kennworte liegt noch nicht vor, wenn das Kennwort mit irgendeiner Beziehung auf die eigene Ware gebraucht wird.

3. Inverkehrbringen. **RG.** MschutzuWettbew. **9** 57, ZIndR. **4** 211. Erst durch Übertragung der Verfügungsgewalt, der gegenwärtigen Möglichkeit, über die Sache selbst zu verfügen, vollendet sich das Inverkehrbringen.

4. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 93, PBl. **10** 204. Der Ausstattungsschutz ist mit dem Geschäftsbetriebe verbunden. Auf den Erwerber eines Teilbetriebs geht er nur dann über, wenn dieser die Übertragung mit dem Inhaber des Gesamtbetriebs vereinbart hat.

5. **RG.** BadRpr. **10** 228. Eine technische Verbesserung, eine den Gebrauch und die Benutzung der Ware erleichternde Einrichtung kann den Ausstattungsschutz des § 15 nicht erlangen.

6. **RG.** PBl. **10** 167. Die Verletzung des Ausstattungsschutzes durch mehrere Benutzungshandlungen ist eine einheitliche Tat. Daher ist die Zuständigkeit des aus § 32 ZPO. angegangenen Gerichts nicht bloß insoweit, als die Einzelhandlungen in dem Bezirke dieses Gerichts verübt sind, sondern in vollem Umfange begründet.

7. **RG.** MschutzuWettbew. **8** 202. Verhältnis des Ausstattungsschutzes zu § 1 UnlWG. und zum Begriffe der unerlaubten Handlung.

§ 16. 1. Fuld, Herkunftsbezeichnungen für Weine, GewRschutz. **09** 268 ff., erörtert die Rechtslage betreffs der Herkunftsbezeichnungen nach den Bestimmungen des neuen Weingesetzes.

2. Kognak und Liköre. a) Fuld, MschutzuWettbew. **9** 159, erörtert die Bezeichnungen für Kognak. b) MschutzuWettbew. **8** 135 (Hamburg). Die Bezeichnung **Vercin frères** für Kognak, der in Deutschland hergestellt ist, ist gesetzwidrig. c) MschutzuWettbew. **8** 136 ff. (LG. I Berlin). Der Gebrauch der Namen **Grande Destillerie, Française, P. Bardinet, J. C. Gooymans Zoon, 's Hertogenbusch** für deutsche Liköre ist gesetzwidrig.

3. **RG.** PBl. **10** 308. Der Wert der Ware als Gegenstand des Täuschungszwecks wird durch die Wertschätzung begründet, die ihr mit Rücksicht auf ihre Herkunftsstelle zuteil wird. Dies kann nicht nur eine Herstellungs-, sondern auch eine Vertriebsstätte sein. Danach kommen für § 16 WZG. auch solche Ortsnamen in Betracht, die im Verkehr als Hinweis auf eine oder mehrere Vertriebsstätten gelten.

§ 17. R. **10** Nr. 1078 (Hamburg). Wenn der Verletzte einen durch § 17 begründeten Antrag auf Beschlagnahme und Einziehung gegen Vergütung zurücknimmt, verstößt er damit nicht gegen die guten Sitten.

§ 18. **RG.** BayRpflZ. **10** 257, R. **10** Nr. 1475. Wenn das Ergebnis der Hauptverhandlung einen Anhalt für die Entstehung eines Schadens gibt, kann und muß über den Antrag auf Buße entschieden werden; ziffernmäßiger Nachweis eines Schadens ist nicht nötig.

§ 19. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **8** 152. Soweit die Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung ohne Vernichtung des gekennzeichneten Gegenstandes möglich ist, ist die Vernichtung unzulässig. — Ebenso MschutzuWettbew. **8** 211, ferner **RG.** MschutzuWettbew. **10** 60.

2. PBl. **10** 23 (LG. Braunschweig). Gegenstände, die dazu dienen, ein Warenzeichen auf der Ware oder Verpackung anzubringen, wie Abziehbilder, unterliegen nicht der Vernichtung gemäß § 19 WZG.

3. **RG.** PBl. **09** 143. Die im § 19 Abs. 1 WZG. enthaltenen beiden Anordnungen können in dem verurteilenden Erkenntnisse gleichzeitig ausgesprochen werden.

§ 20. Verwechselungsgefahr (s. auch § 9 Ziff. 4). a) du Chesne, MschutzuWettbew. **8** 65, 94, erörtert die Frage der Übereinstimmung zwischen Bildzeichen und Wortzeichen. b) **RG.** GoltdA. **57** 404 ff., ZIndR. **5** 175. Die Kennzeichnung einer Ware mit Zusätzen wie „nach", „genau wie", „nach System" usw. ist bei der Prüfung der Verwechselungsgefahr zu vergleichen mit einer Kennzeichnung der Ware durch die Wiedergabe des fremden Namens ohne jenen Zusatz. Es muß geprüft werden, ob der Zusatz die Gefahr ausschließt, daß im Verkehr angenommen werden kann, der Namensträger stehe zu dieser Ware in keiner besonderen Beziehung, sei es durch eigene Herstellung, durch Beaufsichtigung der Herstellung oder dgl. c) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 61. Die Verwechselungsfähigkeit erfordert nicht die Feststellung, daß die Abweichungen nur bei besonderer Aufmerksamkeit erkannt werden können. d) SächsRpflA. **09** 193 ff. (Dresden). Bei gemischten, aus figürlichen und wörtlichen Bestandteilen bestehenden Zeichen ist die Gesamterscheinung des Ganzen, der einheitliche Eindruck entscheidend, den die figürlichen Bestandteile in Verbindung mit den wörtlichen Zutaten im Verkehre hervorrufen. e) **RG.** MschutzuWettbew. **9** 225. Die Täuschungsabsicht ist für die Frage der Verwechselungsgefahr insofern nicht unerheblich, als aus ihr eine gewisse Vermutung für die Möglichkeit einer im Verkehre tatsächlich bestehenden Verwechselungsgefahr entnommen werden kann. f) **RG.** MschutzuWettbew. **8** 150, ZIndR. **5** 274. Einzelne Fälle von Verwechselungen begründen noch nicht eine Verwechselungsgefahr.

g) PBl. **09** 186 (PA.). Hat eine Ortsangabe in dem Gegenzeichen die Bedeutung als individueller Warenname, so stimmt ein Zeichen, das das gleiche Wort als Kennzeichen enthält, mit jenem nur dann nicht überein, wenn das Wort in dem angemeldeten Zeichen örtlich zu verstehen ist. „Deutsches Vichy" stimmt überein mit „Vichy-Etat". **h) RG.** MSchutzuWettbew. **9** 250, ZIndR. **5** 105. „Guttalin" und „Bottalin" sind verwechselbar. Schon die Möglichkeit einer Verwechselung genügt für den Begriff der Verwechselungsgefahr. Die Tatsachen, daß die zwei Zeichen längere Zeit ungestört nebeneinander bestanden haben, braucht hieran nichts zu ändern. **i) RG.** MSchutzuWettbew. **8** 111. Die Zigarettenmarken „Salem Aleikum" und „Salim Pascha" sind verwechslungsfähig. **k) RG.** ZIndR. **5** 118. „Salamander" und „Salamanca" sind verwechselungsfähig. **l) RG.** MSchutzuWettbew. **8** 249. Die Zeichen **„Etna Engine Oil"** und **„Enta Machinery Oil"** sind verwechselungsfähig.

§ 23. 1. PBl. **09** 292 (PA.). Zugehörigkeit zum Heimatsstaate. Österreichische oder ungarische Staatsangehörige, die nicht in Österreich oder Ungarn, aber in einem österreichisch-ungarischen Konsulargerichtsbezirk ihre Niederlassung haben, gelten im Sinne des § 23 Abs. 3 WZG. als in Österreich oder Ungarn ansässig.

2. LeipzZ. **09** 253, ZIndR. **4** 10, 200 (KG.). Für Klagen gegen einen eingetragenen Warenzeicheninhaber, der im Inlande keine Niederlassung hat, sind die im § 23 WZG. bezeichneten Gerichte nicht ausschließlich zuständig.

Ausland. 1. England. Inhulsen, MSchutzuWettbew. **10** 88 ff., erörtert die Eintragungsfähigkeit auf Grund des englischen Handelsmarkengesetzes vom Jahre 1905.

2. Bolivien. Hartwig behandelt den Patent- und Markenschutz in Bolivien, GewRSchutz. **10** 366 ff.

3. Peru. Hartwig, MSchutzuWettbew. **9** 118, behandelt das neue Markenschutzgesetz von Peru.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

Vom 11. Januar 1876.

§ 1. 1. **RG.** MSchutzuWettbew. **8** 157. Auch ein Erzeugnis der bildenden Kunst, das den Schutz des Gesetzes vom 9. Januar 1876 genießt, ist des Geschmacksmusterschutzes fähig; dieser Schutz steht dem Anmelder zu.

2. **RG. 72** 162 ff. Eine bildliche Darstellung, die die Nachbildung eines Naturgegenstandes enthält, ist nicht aus diesem Grunde des Musterschutzes unfähig. Es kommt darauf an, ob die Darstellung einen auf die künstlerische Phantasie des Darstellers zurückzuführenden individuellen schöpferischen Überschuß enthält.

§§ 7, 9. JW. **09** 396, PBl. **09** 290. Durch Niederlegung bei dem unzuständigen Gerichte wird der Geschmacksmusterschutz nicht erlangt. Als Niederlassung im Sinne des § 9 gilt sowohl die Hauptniederlassung als auch die Zweigniederlassung.

Ausland. 1. Frankreich. Gesetz, betr. die Muster und Modelle, vom 14. Juli 1909, PBl. **09** 273.

2. Japan. Die Gesetze, betr. den gewerblichen Rechtsschutz, vom 2. April 1909, Mustergesetz, PBl. **09** 243.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste.

Vom 9. Januar 1876.

§ 1. **RG. 71** 145 ff., GewRschutz **09** 309 ff., MschutzuWettbew. 8 301. Werke der angewandten Kunst gehören nicht zu den Werken der bildenden Künste.

§ 2. **RG.** (Straff.) **42** 32 ff. Eine beschränkte Übertragung des Urheberrechts kann auch ohne Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber in die Vertragsurkunde auf Grund anderweiter Umstände als von den Vertragschließenden gewollt angesehen werden. Es ist möglich, die Übertragung des Vervielfältigungsrechts an einem Kunstwerke durch die dem Erwerber gemachte Auflage, die Nachbildungen nur durch eine bestimmte Person oder Kunstanstalt herstellen zu lassen, mit urheberrechtlicher Wirkung zu beschränken.

§ 4. **RG. 71** 355 ff., JW. **09** 506, SeuffA. **65** 77 ff., MschutzuWettbew. **9** 97. Damit ein Werk eines Künstlers, das sich an ein früheres Kunstwerk anlehnt, den Gesetzbegriff „Werk der bildenden Künste" erfülle, ist nicht so weit Originalität zu verlangen, daß das Neue zum Überraschenden gesteigert sein muß: jede Gestaltung, in der ein eigenes künstlerisches Schaffen zutage tritt, jede individuelle Formgebung genügt.

§ 14. **RG.** LeipzZ. **09** 147. Gestattet der Urheber eines Werkes der bildenden Künste dessen Nachbildung an einem Werke der Industrie, so richtet sich der Schutz des letzteren lediglich nach dem Gesetze vom 11. Januar 1876, und zwar nach Voraussetzung, Inhalt und Tragweite. Deshalb muß zwar nach dem Gesetze vom 9. Januar 1876 der Urheber des Werkes der bildenden Künste sein Urheberrecht nachweisen, kann sich aber für den Geschmacksmusterschutz auf die Vermutung des § 13 G. vom 11. Januar 1876 berufen.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

Vom 9. Januar 1907.

§ 1. 1. Kloeppel, MschutzuWettbew. **9** 244, erörtert die Grenzen des Kunstschutzes.

2. Breit, LeipzZ. **09** 343 ff., erörtert das Verhältnis des Geschmacksmustergesetzes zu dem neuen Kunstschutzgesetze; er polemisiert dabei gegen Schanzes „Bildwerktheorie". Ebenso Dietrich, ZIndR. **4** 1 ff.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3859, DJZ. **10** 1683. Nur wer eine künstlerische Idee durch seine Tätigkeit zu einer äußeren Gestaltung geführt hat, wie sie den Anforderungen eines Künstlers entspricht, ist als Urheber des Werkes anzusehen. Der Besteller eines Werkes, der dazu die Anweisungen gegeben hat, ist damit nicht Urheber des Werkes geworden.

§ 2. 1. **RG. 72** 162 ff., JW. **10** 39. Eine bildliche Darstellung, die die Nachbildung eines Naturgegenstandes enthält, ist nicht aus diesem Grunde des Kunstschutzes unfähig. Es kommt darauf an, ob die Darstellung einen auf die künstlerische Phantasie des Darstellers zurückzuführenden individuellen schöpferischen Überschuß enthält.

2. **RG.** (Straff.) **43** 196 ff. Entwürfe für Bauwerke als Werke der bildenden Künste. Verhältnis der §§ 2, 4 zu § 1 Nr. 3 UrhG. vom 19. Juni 1901.

§ 15. 1. **RG.** (Straff.) **42** 83. Auch die Nachbildung einer Photographie auf Postkarten ist verboten.

2. **RG.** (Straff.) **43** 75 ff. Auch die nicht rein mechanische Nachbildung eines Werkes der Photographie fällt unter § 15.

§ 16. 1. Eigentümliche Schöpfung. **RG.** (Straff.) **42** 84, **43** 76. Durch freie Benutzung wird eine eigentümliche Schöpfung nur dann hervorgebracht, wenn lediglich eine fremde Idee benutzt, ausgestaltet und verarbeitet, einem fremden Werke nur die Anregung entnommen, zugleich aber ein auf eigener schaffender Tätigkeit beruhendes, sonach neues Werk geschaffen wird.

2. **RG. 71** 355 ff., s. oben zu § 4 d. G. v. 9. 1. 1876.

§ 18. **RG.** (Straff.) **42** 394 ff. Eigener Gebrauch im Sinne des § 18 Abs. 1 ist der eigene persönliche Gebrauch, der als solcher in den engen Grenzen privater Benutzung bleibt und die möglichen Verwertungsinteressen des Urhebers nicht in beachtlichem Maße beschränkt.

§ 25. Rauter, MschutzuWettbew. **8** 100, erörtert die Dauer des Schutzes kunstgewerblicher Erzeugnisse.

§ 53. 1. Goldschmidt, Rückwirkung des Kunstschutzgesetzes, GewRschutz **10** 378 ff., führt aus, daß sich das Gesetz auf alle Werke erstrecke, die seinen Anforderungen genügen, also auch auf solche Werke, die vor seinem Inkrafttreten keinen Schutz genossen.

2. **RG. 72** 149 ff., JW. **10** 46, MschutzuWettbew. **9** 230. Durch § 53 ist grundsätzlich die Rückwirkung des Kunstschutzgesetzes auf die vorhandenen Werke anerkannt. Gefordert wird nicht, daß die Werke einen Kunstschutz schon genossen. Dagegen müssen sie den Anforderungen des Kunstschutzgesetzes genügen. Obwohl sich § 53 Abs. 1 Satz 1 seinem Wortlaute nach nur auf die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers bezieht, fällt darunter auch das an sich nicht zu ihnen gehörende Recht aus § 37 auf Vernichtung der widerrechtlich hergestellten Exemplare, da es die ausschließlichen Befugnisse gegen die Fortsetzung oder Wiederholung der Rechtsverletzung sichern soll und zu ihrer notwendigen Ergänzung dient.

3. R. **10** Nr. 1020 (Colmar). Aus § 53 ist nicht zu schließen, daß auch die Frage, ob und inwiefern Handlungen, die schon vor dem 1. Juli 1907 erfolgt sind, eine Verletzung des Urheberrechts bedeuten, und zum Schadensersatze verpflichten, nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Januar 1907 zu entscheiden ist.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken.

Vom 11. Juni 1870.

§ 18. **RG.** R. **10** 240, MschutzuWettbew. **10** 230. Wenn auch der Inhaber einer Vervielfältigungsanstalt gegenüber dem unverdächtigen Besteller eines Plakats über die Berechtigung keine Erkundigungspflicht hat, können doch die Umstände des gegebenen Falles eine solche Pflicht begründen.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.

Vom 19. Juni 1901/22. Mai 1910.

Vorbemerkung: In der Berichtszeit ist von Rietzler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, die erste Abteilung erschienen; in dieser Abteilung des groß angelegten, systematischen Werkes wird neben dem allgemeinen Teile in dem besonderen Teile das Urheberrecht an Schriftwerken, Tonwerken, Werken der bildenden Künste und Photographien und das Geschmacksmusterrecht behandelt.

Von Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs ist die vierte von Ebermayer, Galli und Lindenberg bearbeitete Auflage erschienen. Das Werk enthält in seiner dritten Abteilung die Gesetze zum Schutze des geistigen Eigentums, in seiner elften Abteilung das Warenzeichengesetz und in seiner siebenten Abteilung das Weingesetz.

Daude, Die Reichsgesetze über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und das Verlagsrecht v. 19. Juli 1901, bringt das Literaturgesetz in der Fassung v. 22. Mai 1910, das Verlagsgesetz, die revidierte Berner Übereinkunft und einige andere Staatsverträge; der Verf. legt in den Erläuterungen zu dem Literaturgesetze die von den preußischen Sachverständigenkammern estellten Grundsätze nieder.

§ 1. 1. SeuffA. **65** 332 ff. (Stuttgart). Bilderbücher für Kinder fallen unter das Literatur-Urhebergesetz, nicht unter das Kunsturhebergesetz.

2. **RG.** SächsRpflA. **09** 374. Lohntarife können Schriftwerke im Sinne des UrhG. sein.

3. Warenkataloge. a) Zachmann, Der autorrechtliche Schutz von Warenkatalogen, GewRschutz **10** 326 ff., teilt ein Gutachten der Leipziger Sachverständigenkammer mit. **b) RG. 70** 266, JW. **09** 234, MschutzuWettbew. **8** 272. Abbildungen in Warenverzeichnissen, die keiner individuellen Geistestätigkeit des Verfertigers entstammen und lediglich dem Auge den Gegenstand zur Anschauung bringen, auf den sich die Worte des Textes beziehen, gehören nicht zu den „Abbildungen wissenschaftlicher oder technischer Art" im Sinne des § 1 Nr. 3. — Vgl. KGBl. **10** 21, MschutzuWettbew. **9** 204, ZIndR. **5** 93 (KG.), **c) RG.** BadRpr. **10** 266, MschutzuWettbew. **9** 229. Abbildungen in Warenkatalogen können das Ergebnis einer individuellen geistigen Tätigkeit und demgemäß nach § 1 Nr. 3 geschützt sein.

4. KGBl. **10** 95 (KG.). Eine Zeitungsbeilage, die Vergnügungen, Theater, Konzerte, Omnibus- und Bahnverbindungen u. dgl. angibt, ist nicht eine eigene Schöpfung im Sinne des § 1. Eine individuelle geistige Tätigkeit kommt zunächst bei der Anordnung des Titels, im Hinweis auf das Abonnement und die Erscheinungsweise, der Verteilung des Anzeigenstoffs, des Textes und der Inserate nicht in Frage. Soweit ferner die Theater, Konzerte und Vergnügungen lediglich aufgeführt werden, handelt es sich nur um tatsächliche Mitteilungen, die nicht schutzberechtigt sind.

5. **RG.** (Strafs.) **43** 229 ff. In Ausnahmefällen können Vertragsvordrucke Schriftwerke im Sinne von § 1 Nr. 1 UrhG. sein.

6. **RG.** R. **09** 189. Ein Telephonadreßbuch kann ein Schriftwerk im Sinne des Urhebergesetzes sein. Zu beachten ist, daß sich die schaffende Tätigkeit des Urhebers auch in Formgebung, Sammlung, Einteilung und Anordnung vorhandener Stoffe äußern kann.

§§ 2, 38, 40. RG. (Strafs.) **42** 390 ff. Die Bearbeitung eines Werkes ist auch dann urheberrechtlich geschützt, wenn sie unrechtmäßig, insbesondere

ohne Genehmigung des Urhebers des bearbeiteten Werkes bewirkt ist. Auch in einem solchen Falle steht dem Bearbeiter ein Anspruch auf Buße zu.

§§ 5, 6, 28. Komponist und Textdichter. **RG.** SeuffA. **65** 30 ff., GewRschutz **09** 282 ff. (KG.). Text und Komposition bleiben auch nach ihrer Verbindung selbständig und gelten nicht als gemeinsames Werk im Sinne des § 6 UrhG. Dem Textdichter steht also sein besonderes Urheberrecht zur Seite, und zwar neben dem Rechte eines etwaigen Textübersetzers an der Übersetzung. Dieses Urheberrecht des Textdichters ist vom Gesetz in zweifacher Richtung geschützt, nämlich erstens betreffs der Vervielfältigung, zweitens betreffs der öffentlichen Aufführung; es ist nur, solange das Recht des Komponisten oder seines Rechtsnachfolgers dauert, gemäß § 28 beschränkt, tritt aber nach diesem Zeitraume wieder voll in Erscheinung.

§ 11. Vertrauensbriefe. a) Hennig, Der Brief im Urheberrechte, GewRschutz. **09** 180 ff., führt aus, daß betreffs des gemeinschaftlichen Urheberschutzes für die Urheber eines Briefwechsels das Gesetz vom 19. Juni 1901 der Ergänzung bedürfe. b) Eckstein, SeuffBl. **10** 280 ff., behandelt den Urheberrechtsschutz an Briefen. c) JW. **09** 26. (Vgl. JDR. **7** 1161.)

§ 12. **RG. 71** 92 ff., GewRschutz **09** 397 ff., JW. **09** 396, **09** 507, SeuffA. **65** 30 ff. Hat der ausländische Dichter eines Operntextes (Barmen) dessen Übersetzung erlaubt, so hat er damit nicht gegen jedermann auf seine Urheberbefugnisse betreffs der Benutzung des Urtextes in Form der Übersetzung verzichtet. (RG. hat die in JDR. **7** 1163 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Dresden aufgehoben.)

§ 13. Recht der Melodie. GewRschutz. **09** 332 ff., SächsRpflA. **09** 351 ff. (Dresden) Melodie im Sinne des § 13 Abs. 2 ist jedes selbständige, in sich abgeschlossene Thema, das der Umschreibung zugänglich, zur Paraphrasierung geeignet ist. Auch Motive sind, wenn bei ihnen diese Erfordernisse vorliegen, zu den Melodien im Sinne des § 13 zu rechnen. Die Benutzung einer fremden Melodie, wenigstens wenn es sich um die eigentümliche Neuschöpfung eines ernsten Künstlers handelt, fällt nur dann unter das Verbot des § 13 Abs. 2, wenn sie objektiv geeignet ist, dem Originalwerke Konkurrenz zu machen, seinen Absatz zu beeinträchtigen.

§ 15. **RG.** (Strafs.) **43** 276. Persönlicher Gebrauch ist Gebrauch zu rein privaten Zwecken; Gegensatz: Gebrauch zu gewerblichen Zwecken.

§§ 15, 18. Runkel-Langsdorff, Nachdruck und Nachdruckshonorar, GewRschutz **09** 325 ff., erörtert die Honorarfrage für den Fall, daß der Nachdruck des fraglichen Artikels erlaubt wird.

§ 18. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **9** 394. Berichte über Gerichtsverhandlungen können den Charakter von Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts haben; dann ist ihr Abdruck nach § 18 Abs. 2 unzulässig.

2. R. **09** Nr. 1817 (Stuttgart). Zu den „vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts und Tagesneuigkeiten" gehören nicht Berichte über den Hopfenmarkt, worin außer über die Menge der jeweiligen Zufuhr, über den Absatz und die gezahlten Preise auch über den Einfluß der Witterung auf den Stand des Hopfens und die voraussichtliche Preisbildung berichtet wird.

§ 22. 1. Vortragskunst, Phonograph. a) Mittelstädt, Schutz der Vortragskunst, GewRschutz **09** 34 ff., führt aus, daß die Vortragskunst als solche gemäß dem Gesetze vom 19. Juni 1901 geschützt sei. Es liegt im Sinne dieses Gesetzes, daß man jedes Werk geistiger Arbeit, soweit die Vervielfältigungsmöglichkeit vorhanden ist, als schutzfähig ansieht. Dementsprechend hat man die Aufzählung im § 1 des Gesetzes nicht als eine einschränkende Definition, sondern nur als eine Benennung der geschützten Werke aufzufassen. .... Der § 22, der nur eine Ausnahme bedeuten sollte, würde, auf die Vortragskunst angewendet,

eine vollständige Aufhebung des Schutzes sein. b) Kohler, Autorschutz des reproduzierenden Künstlers, GewRschutz **09** 230 ff. Jede Komposition enthält in vielen Punkten eine **tabula rasa**, die der produzierende Künstler auszufüllen hat.... Wenn das Urheberrecht Werke der Tonkunst schützt, so muß man als unzweifelhaft annehmen, daß auch eine festgelegte Reproduktion, in der jene **tabula rasa** ausgefüllt wird, als Werk der Tonkunst zu betrachten ist. c) GewRschutz **09** 237 ff. (Dresden). Der Schutz des musikalischen Vortrags ist ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechts. Wie die Benutzung rein körperlicher Kräfte eines Menschen wider dessen Willen durch einen Dritten eine Beschränkung seiner persönlichen Freiheit in der Verfügungsmöglichkeit über diese seine Kraft bedeutet, er damit zum Genußgegenstande des Dritten gemacht wird und dies als ein Angriff gegen seine Person aufgefaßt werden muß, so enthält auch die Benutzung der Vertragsleistung des Künstlers von seiten eines unbefugten Dritten vermittels der Nachahmung der Platten die Ingebrauchnahme seiner Arbeitskraft, die Ausnutzung seiner Leistungen und damit eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts.

2. Mechanische Musikinstrumente. a) Mittelstädt, MschutzuWettbew. **9** 361, behandelt die mechanischen Musikinstrumente. b) Meinhardt, Die mechanischen Musikinstrumente in der Novelle zum Urhebergesetze, GewRschutz **10** 305 ff., erörtert die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Ausführungsgesetzes zur revidierten Berner Übereinkunft. c) **RG. 71** 127 ff., Gew. Rschutz **09** 312 ff., JW. **09** 436. Das Grammophon gehört nicht zu den mechanischen Musikinstrumenten, durch die das Werk hinsichtlich der Stärke und Dauer des Tones und hinsichtlich des Zeitmaßes nach Art eines persönlichen Vortrags wiedergegeben werden kann. Also dürfen für das Grammophon auch ohne Erlaubnis des Berechtigten Platten von geschützten Musikstücken hergestellt werden. — Der Begründung dieser Entscheidung tritt Kohler, Die Phonographenentscheidung des Reichsgerichts, GewRschutz **10** 248 ff., entgegen.

3. Pianola-Klausel. GewRschutz **10** 327 ff. (LG. Freiburg). Sind die Notenrollen eines Klavierspielapparats auch für den nüancierbaren Vorsetzer zu verwenden, so dürfen sie nicht ohne Erlaubnis des Berechtigten vervielfältigt werden.

4. Urheberschutz der Texte gegen Vervielfältigung auf Schallplatten. GewRschutz **09** 362 ff., MschutzuWettbew. **9** 67 (LG. Leipzig). Der gewerbsmäßige Vertrieb von Schallplatten, auf denen Musik in Verbindung mit Text wiedergegeben ist, ist ohne Zustimmung des Texturhebers unzulässig. § 22 Abs. 1 bezieht sich nur auf die Musik, nicht auch auf den damit verbundenen Text. — Hierzu Mittelstädt aaO. — Ebenso GewRschutz **10** 118 ff. (Dresden). — Vgl. auch MschutzuWettbew. **8** 282 (Dresden).

§ 27. **RG.** (Strafs.) **43** 189 ff., SeuffBl. **10** 72 ff., GoltdA. **57** 210 ff., MschutzuWettbew. **9** 228 ff. Kurtaxe ist Entgelt im Sinne des § 27. Also sind die Konzerte der Kurkapelle nicht unentgeltliche Veranstaltungen.

§ 38. 1. Täterschaft bei Aufführung eines Bühnenwerkes. a) **RG.** GoltdA. **56** 70 ff., MschutzuWettbew. **8** 201. Maßgebend ist, daß die Person, die als Täter gelten soll, über die Aufführung des Werkes selbst bestimmt, die Wahl trifft; wer lediglich nach der Bestimmung eines anderen das Werk, sei es auch allein, zu Gehör bringt, spielt, singt, ist nicht Aufführender, nicht Veranstalter der Aufführung. Bei einem Bühnenwerke wird also regelmäßig der Bühnenleiter der Täter sein, nicht der Regisseur oder der Schauspieler. b) **RG.** BayRpflZ. **09** 394. Wer nur die äußeren Bedingungen für die Vorführung eines Werkes schafft, ist nicht Aufführender im Sinne des Gesetzes.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **9** 229. Zum Begriffe der Verbreitung genügt auch die Überlassung an eine bestimmte Person, wenn nach Lage

der Sache anzunehmen und der Wille darauf gerichtet ist, daß durch jene Person das Zugänglichmachen an einen größeren Personenkreis stattfinden werde.

Ausland. 1. Vereinigte Staaten von Amerika. Osterrieth, Das Urheberrechtsgesetz der Vereinigten Staaten vom 4. März 1909, GewRschutz **09** 161 ff., gibt eine ausführliche Übersicht über die Bestimmungen des neuen amerkanischen Gesetzes. (Es sei hier darauf hingewiesen, daß dieses Gesetz sich sowohl auf die Werke der Literatur und der Tonkunst als auch auf die Werke der bildenden Kunst und der Photographie bezieht.)

2. Ungarn. Schutz von Tonwerken gegen Übertragung auf Grammophone, GewRschutz **09** 337 ff. (Kgl. Kurie).

Gesetz über das Verlagsrecht.

Vom 19. Juni 1901.

§ 28. * Reichel, Schuldmitübernahme 127 ff. § 28 begründet ein gesetzliches Interventionsrecht (= Recht zur Leistung an Schuldnersstatt) für den Erwerber der Verlagsrechte. Hat er dem Veräußerer gegenüber die Verpflichtung zur Vervielfältigung usw. übernommen (Erfüllungsübernahme), so knüpft sich an diese **ipso iure** eine gesetzliche Mitübernahme (kum. Schuldübernahme) der Vervielfältigungspflicht.

§ 29. GewRschutz **09** 213 (LG. Leipzig). Die Unverkäuflichkeit des Werkes berechtigt den Verleger, vom Vertrage zurückzutreten und den Auflagenrest zu makulieren. Die Auflösung eines Verlagsvertrags aus dem angegebenen Grunde ist im Gesetze nicht ausdrücklich als Endigungsgrund ausgesprochen, es wird jedoch sowohl in der Literatur wie in der Rechtsprechung die Befugnis des Verlegers, unverkäufliche Werke zu verramschen oder zu makulieren, anerkannt. Hiermit ist aber auch, da die Verramschung und Makulierung mit den Verpflichtungen des Verlegers an sich im Widerspruche stehen, gleichzeitig mittelbar ausgesprochen, daß der Verleger wegen Unverkäuflichkeit eines Werkes von dem Verlagsvertrage einseitig zurücktreten kann.

§§ 30, 31. 1. **RG. 74** 359 ff. Ist das Werk Plagiat, so ist es im Sinne des Verlagsvertrages vertragswidrig. Es bleibt auch vertragswidrig, wenn die durch das Plagiat Verletzten nachträglich ihre Einwilligung zur Veröffentlichung geben. Die kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB. ist auf den Verlagsvertrag nicht anzuwenden, da dieser nicht Werkvertrag ist.

2. LeipzZ. **09** 953 (Colmar). Bemängelungen des Inhalts eines Werkes, die dessen wissenschaftliche Bedeutung betreffen, bilden keinen triftigen Grund für den Rücktritt des Verlegers vom Verlagsvertrage.

§§ 30, 32. Rücktritt des Verfassers eines Verlagswerkes vom Verlagsvertrage. SächsRpflA. **10** 93 ff. (Dresden). Der Vertrag enthält keine Zeitbestimmung über die Erfüllung der Verlegerpflichten. Also mußte der Verleger das Werk binnen angemessener Frist drucken lassen; diese Frist wird, da der Vertrag im Juni 1908 geschlossen ist, reichlich bemessen, wenn sie bis Ende 1908 erstreckt wird. — Vgl. auch MschutzuWettbew. **8** 255 (LG. Leipzig).

§ 31. R. **09** Nr. 2197 (Colmar). Der Umfang eines Werkes steht nicht in untrennbarem Zusammenhange mit der geistigen Persönlichkeit ihres Verfassers, er kann vielmehr nach äußeren Rücksichten bemessen werden. Daher hat der Verfasser zwar über den Inhalt und die Darstellungsform seines Erzeugnisses das Recht der freien Bestimmung, aber nicht über den Umfang des Werkes.

§ 42. **RG.** (Straff.) **42** 194. Das ausschließliche Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht gibt dem Zeitungsverlage lediglich die Befugnis, dem Urheber die anderweitige Veröffentlichung zu ver-

bieten, keineswegs aber die Macht, den Artikel in jeder beliebigen Form, als Flugblatt, Buch usw., zu vervielfältigen.

§ 47. Streißler, Der Werkvertrag im Verlagsrechte, GewRschutz **10** 208 ff., führt aus, daß nach § 47 Abs. 2 auch den Mitarbeitern an Enzyklopädien und Sammelwerken ein genauer Plan über den Inhalt des Werkes und die Art und Weise der Behandlung zu geben sei, und zitiert ein Urteil des OLG. Dresden, das diese Auffassung bestätigt. — Hierzu gegenteilig Mittelstädt, Der Bestellungsvertrag im Verlagsrechte, GewRschutz **10** 242 ff., ferner Streißler, GewRschutz **10** 350, und Mittelstädt **10** 350 ff.

Internationaler Urheberrechtsschutz.

Vorbemerkung: Dungs, Die Berner Übereinkunft über internationales Urheberrecht (Guttentag) bringt zunächst den französischen Text der Übereinkunft und schließt daran die deutsche Übersetzung ihrer Artikel und deren Erläuterung.

I. Pariser Übereinkunft. Art. 1. 1. Beitritt Österreich-Ungarns zur Pariser Übereinkunft und die aus diesem Anlasse getroffenen Vereinbarungen, Gesetze und Verordnungen. Abdruck der amtlichen Veröffentlichungen. GewRschutz **09** 81 ff.

2. Isay, Die Frage eines internationalen Vorbenutzungsrechts innerhalb der Pariser Konvention, GewRschutz **09** 257 ff., berichtet über diese Frage für den Londoner Internationalen Kongreß für angewandte Chemie und beantragt, sie zur weiteren Behandlung der Internationalen Vereinigung zum Schutze des gewerblichen Eigentums zu überweisen.

3. Osterrieth, Das Madrider Abkommen vom 15. April 1891 betreffend die internationale Markeneintragung, GewRschutz **09** 194 ff., ist der Abdruck eines Berichts des Verfassers für den Londoner Internationalen Kongreß für angewandte Chemie.

Art. 2. RG. MschutzuWettbew. 8 202, HansGZ. **09** Hptbl. 117, R. **09** Nr. 766. Der Ausländer genießt auch hinsichtlich seines Firmenrechts nicht weiteren Schutz, als ihn ein Inländer genießen würde.

Art. 4. Schmehlik, Unionsanmeldungen in Dänemark, GewRschutz **09** 104.

Art. 6 u. Ziff. 4 des Schlußprotokolls. 1. PBl. **09** 121 (PA.). Ob ein nicht schutzfähiges Wortzeichen durch figürliche Zutaten eintragbar wird, ist nicht eine die Form der Marke betreffende Frage und daher ungeachtet des Unionsvertrags vom Patentamte nach deutschem Rechte zu prüfen.

2. **RG. 73** 229 ff., JW. **10** 486, R. **10** Nr. 1856. Die Bestimmung des Unionsvertrags, wonach jede im Ursprungslande vorschriftsmäßig hinterlegte Fabrik- oder Handelsmarke „so wie sie ist" in allen Verbandsstaaten geschützt werden soll, hat in Nr. 4 des Schlußprotokolls eine authentische Darlegung dahin gefunden, daß sie nur die Form der Marke betrifft, daß also das inländische Prüfungsrecht nur bezüglich der Frage, ob die Marke hinsichtlich der Zeichen, aus denen sie besteht, den inländischen Anforderungen genügt, ausgeschlossen, im übrigen aber die Anwendung der inneren Gesetzgebung jedes Staates nicht beschränkt werden soll.

3. JW. **10** 485, R. **14** Nr. 1669. Nur was die Form eines ausländischen Zeichens anlangt, beschränkt Art. 6 das Prüfungsrecht der inländischen Behörde. Soweit die materiellen Erfordernisse in Betracht kommen, besonders soweit die Frage zu prüfen ist, ob und inwieweit ein eingetragenes Zeichen nur Beschaffenheitsangabe ist, hat Art. 6 keine Wirkung.

II. Berner Übereinkunft. Art. 2. **RG. 71** 145, JW. **09** 430, DJZ. **09** 1145, MschutzuWettbew. 8 301, R. **09** Nr. 2071. Ein Erzeugnis des Kunstgewerbes, das am 1. Juli 1907, d. h. zu der Zeit, wo das Kunstschutzgesetz vom 9. Januar 1907 in Kraft trat, nicht unter Geschmacksmusterschutz gestanden

hat, kann nicht durch § 2 KunstschutzG. geschützt sein. Der Kunstschutz ist für das Einfuhrland auch dann ausgeschlossen, wenn er dem Werke des wahren Ursprungslandes, das der Berner Konvention angehört, zuteil wird.

Art. 3. **RG.** GewRschutz **09** 339 ff., MschutzuWettbew. **9** 29, R. **09** Nr. 1816. Erstes Erscheinen des Werkes im Unionsgebiet ist Voraussetzung des Unionsschutzes. Das von einem Amerikaner verfaßte, von einer amerikanischen Firma verlegte und in Amerika zuerst veröffentlichte Werk genießt in Deutschland keinen Schutz.

Art. 4. **RG. 71** 145 ff., GewRschutz **09** 309 ff., JW. **09** 430, MschutzuWettbew. **8** 301. Die Frage, ob ein Werk als ein Werk der Kunst im Sinne des Art. 4 der Berner Konvention anzusehen ist, ist nach *deutschem* Rechte zu beurteilen.

Berliner Revision der Berner Übereinkunft. 1. Abdruck des stenographischen Berichts über die Reichstagsverhandlungen vom 13. Mai 1909, GewRschutz **09** 242 ff.

2. Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung der revidierten Berner Übereinkunft, GewRschutz **10** 54 ff.

3. Reichstagsberatungen dieses Entwurfes, GewRschutz **10** 249 ff., 288 ff., 304 ff.

4. *Bockius*, Die strafrechtliche Bedeutung der internationalen Verträge über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (Doktor-Dissertation), GewRschutz **10** 147 ff., 174 ff., 210 ff.

III. Verschiedenes. 1. *Deutsch-amerikanisches Abkommen v. 23. Februar 1909.* **a)** *Landenberger*, Der deutsch-amerikanische Vertrag vom 23. Februar 1909, ZIndR. **5** 25 ff. **b)** *Michaelis*, Reichstag und Patentreform, ZIndR. **5** 61 ff., befürwortet die Kündigung des deutsch-amerikanischen Vertrags. **c)** *Tolksdorf*, ZIndR. **5** 97 ff., behandelt den deutsch-amerikanischen Vertrag.

2. *Deutsch-dänisches* Abkommen über den gegenseitigen Schutz der Muster und Modelle vom 12. Juni 1909, GewRschutz **09** 288.

3. *Korea.* **a)** *Deutsches Reich — Großbritannien.* Abkommen, betr. den gegenseitigen Markenschutz in Korea, PBl. **09** 301. **b)** *Japan — Vereinigte Staaten von Amerika.* Vertrag vom 19. Mai 1908 zum Schutze der Erfindungen, Muster, Handelsmarken und des künstlerischen und literarischen Urheberrechts amerikanischer Bürger und japanischer und koreanischer Untertanen in Korea, PBl. **09** 27.

4. *Marokko.* Abkommen zwischen Österreich, Ungarn und Spanien, betr. gegenseitigen Markenschutz in Marokko, PBl. **09** 256.

5. *Russisch-griechisches* Abkommen vom 9./22. November 1909, betr den gegenseitigen Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, PBl. **10** 112.

Weingesetz.

Vom 7. April 1909.

Literatur: Lebbin, Kommentar zum Weingesetze. (Guttentag.)

§ 3. *Kunstwein.* **RG.** (Straff.) **37** 76, SeuffBl. **10** 71. Über die Frage, ob in einer dem § 3 Abs. 1 zuwiderlaufenden Weise „Wein" hergestellt ist, entscheidet die wesentliche Eigenart des fertigen Erzeugnisses, und es liegt ein Nachmachen von „Wein" immer dann vor, wenn das Erzeugnis seinem Wesen nach die dem lauteren Weine eigenen inneren Merkmale nicht aufweist, aber gleichwohl durch äußere Merkmale, wie Aussehen, Geruch, Geschmack usw., den Anschein erweckt, als sei es durch alkoholische Gärung aus Traubensaft ohne Beimischung anderer Stoffe gewonnen. Die Benennung des Getränkes ist dabei gleichgültig.

§ 6. *Fuld*, Herkunftsbezeichnungen für Weine, GewRschutz **09** 268 ff., erörtert die Rechtslage betreffs der Herkunftsbezeichnungen nach den Bestimmungen des neuen Weingesetzes.

Reichserbschaftssteuergesetz.

Vom 3. Juni 1906.

Literatur: Hoffmann, Einwirkung des Gesetzes auf Staats- und Gemeindeabgaben, VerwA. 17 109. — Kupfer, Das Reichserbschaftssteuergesetz, BayNotZ. 11 Nr. 9. — Zimmermann, Zum Erbschaftssteuergesetz, Z.f.Zollw. 9 Nr. 6 f.

§ 1. Gegenstand der Erbschaftsteuer. **RG.** ZAV. **10** 285, R. **10** Nr. 2738. Ist den Kindern ein bestimmtes Kapital und deren Vater der lebenslängliche Nießbrauch daran vermacht, so unterliegt der Nießbrauch nicht der Erbschaftsteuer, soweit er sich auf die Zeit bis zur Großjährigkeit der Kinder erstreckt, es sei denn, daß der Vater durch das ihm zugewendete Nießbrauchrecht wirtschaftlich günstiger gestellt ist als durch das gesetzliche Nutznießungsrecht.

§ 12. Befreiungen und Ermäßigungen. **RG.** JW. **09** 286. Beruhen letztwillige Zuwendungen auf sittlichen Gründen oder Anstandsrücksichten, so unterliegen sie doch der Erbschaftsteuer (anders bei derartigen Schenkungen unter Lebenden).

§§ 17, 18. Ermittelung des Wertes der Masse. **RG.** JW. **10** 67 f. Ist eine Rente auf Lebenszeit, jedoch mit der Bestimmung des Wegfalls im Falle der Wiederverheiratung der Rentenempfängerin eingeräumt, so nötigt diese Beschränkung nicht, von der Anwendung des § 18 abzusehen und die Steuer nach einem zu dem wirklichen Werte des Rechtes außer Verhältnis stehenden Betrage lediglich deshalb zu berechnen, weil die Rente infolge der Beschränkung weggefallen ist.

§§ 17, 20. KGJ. **39** B 20 (KG.). Mit Erlassung des ReichserbschStG. sind nicht dessen Wertberechnungsgrundsätze (§§ 17—20) an die Stelle der im PrGKG. in Bezug genommenen Wertberechnungsgrundsätze des PrErbschStG. getreten. Diese sind vielmehr, soweit im PrGKG. in Bezug genommen, unverändert geblieben.

§ 29. Besitzveränderungsabgaben. DJZ. **10** 432 (SächsOVG.). Durch das Reichs-ErbschStG. sind die landes- und ortsgesetzlichen Vorschriften über Besitzveränderungsabgaben bei Erwerbungen von Todes wegen nicht berührt worden. Solche Abgaben sind nicht abzugsfähig.

§§ 49, 50. Strafen. ZAV. **10** 501. Zur Erkennung der Hinterziehungsstrafe aus §§ 50, 49 bedarf es nicht der Feststellung, daß der Angeschuldigte beabsichtigt habe, die Steuer zu hinterziehen. Es genügt die Feststellung, daß er wissentlich Erbschaftsgegenstände, zu deren Angabe er verpflichtet war, verschwiegen hat. Ist aber nach den obwaltenden Umständen anzunehmen, daß das wissentliche Verschweigen nicht in der Absicht, die Erbschaftssteuer zu hinterziehen, stattgefunden hat, so muß die Ordnungsstrafe des § 49 Abs. 2 eintreten.

§ 55. Begriff der Schenkung. a) **RG. 70** 15 f. Der Begriff der Schenkung im Sinne des § 55 bestimmt sich nach den Vorschriften des BGB. Das Vorhandensein einer subjektiven Bereicherungsabsicht gehört danach nicht zum Tatbestandsmerkmal der Schenkung. Eine Schenkung wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Zuwendende im Endziel eine Vermehrung seines eigenen Vermögens erstrebt. b) **RG. 71** 140, JW. **09** 369, R. **10** Nr. 4197. Soll nach den Satzungen einer juristischen Person oder nach dem Beschluß ihrer gesetzlichen Vertreter eine ihr zugewandte Summe verausgabt werden, bildet sie also keine dauernde Kapitalsvermehrung, so liegt doch eine Bereicherung vor.

§ 56. Begriff der sittlichen und Anstandspflicht im Sinne des § 56 Abs. 2. a) Zuwendungen einer Bank an ihre Beamtenpensionskasse. **RG. 73** 46, JW. **10** 299. Bei Zuschüssen, die eine Bank der Pensionskasse ihrer Angestellten zukommen läßt, ist der Tatbestand der Schenkung nicht ausgeschlossen. Derartige Zuschüsse entsprechen jedoch einer

auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht und unterliegen deshalb nicht dem Schenkungsstempel. **b)** **RG. 70** 19. Eine besondere sittliche Pflicht des vermögenden Arbeitsgebers zur Gründung und Ausstattung von Unterstützungskassen für die Witwen und Waisen der Angestellten besteht nach der heute geltenden Anschauung des praktischen Lebens nicht. **c)** **RG. 70** 384. Für die Erben eines bedeutenden Nachlasses besteht keine sittliche Pflicht zu Schenkungen an Wohltätigkeitsanstalten. **d)** **RG. ZAB. 10** 493 f., R. **10** Nr. 3848. Schlägt jemand zugunsten eines anderen eine Erbschaft aus, um dadurch dem Willen des Erblassers, dessen Testament ungültig war, gerecht zu werden, so hat er damit eine Anstandspflicht erfüllt. Eine steuerpflichtige Schenkung liegt nicht vor.

Reichsstempelgesetz.

Vom 15. Juli 1909.

Literatur: Abraham, Der innere Wert der bei einer Fusion ausgegebenen Aktien, BankA. **8** 123 f. — Breit, Der Quittungsstempel, BankA. **9** 103 f.; Zum Scheck- und Quittungsstempel, DJZ. **09** 1133. — Erlinghagen, Ein Fall der Agiobesteuerung, HoldheimsMSchr. **09** 16 f. — Heilbrun, Der Reichsstempel auf Gewinn-Anteilscheine und Zinsbogen, HoldheimsMSchr. **09** 242. — Kleinrath, Umwandlung von Gewerkschaften in Aktiengesellschaften, LeipzZ. **09** 212. — Meyer, Zur Stempelpflicht der Konsortialgeschäfte, HoldheimsMSchr. **09** 72, 126 f. — Vleugels, Die Stempelpflichtigkeit der Überlassungsverträge, DNotV. **10** 851 ff. — Warschauer, Der Grundstückstauschvertrag und seine stempelrechtliche Behandlung, DNotV. **10**. Heft 1/2.

I. Aktien, Kuxe, Renten und Schuldverschreibungen, Gewinnanteilscheine und Zinsbogen. (§§ 1—11. Tarifnummer 1—3 A).

Abraham, BankA. **8** 123 f., führt hinsichtlich der Ermittelung des Wertes der bei einer Fusion ausgegebenen Aktien aus, daß der bilanzmäßige Wert des im Wege der Fusion übergehenden Reinvermögens zu ermitteln ist und daß hiernach der Ausgabewert der Aktien bestimmt werden muß. Werde das Agio von der Steuerbehörde ermittelt, so müsse es möglich sein, die Aktien auch wirklich zu diesem Betrag auszugeben, das Agio fließe dann in den Reservefonds und bilde einen bilanzmäßigen Passivposten. Dieser sei aber nur möglich, wenn auch genügend bilanzmäßige Aktiva durch die Fusion in den Besitz des übernehmenden Instituts gelangten. Kundschaft und Organisation des aufgenommenen Unternehmens könnten also entgegen der Auffassung des RG. zur Bewertung der neuausgegebenen Aktien nicht herangezogen werden, da sie als besondere Bilanzposten nicht in Betracht kämen.

Erlinghagen, HoldheimsMSchr. **09** 16 f., behandelt einen Fall der Agiobesteuerung und spricht sich dagegen aus, daß Zuzahlungen, die bei Umwandlung eines Versicherungsvereins a. G. in eine AG. seitens der Gründer zur Verstärkung der Prämienreserve geleistet sind, bei Erhebung des Effektenstempels für den Wert der Aktien berücksichtigt werden.

§ 2. Tarifst. 1 c. Stempelpflichtigkeit ausländischer Wertpapiere. **a)** **RG. 71** 348. Werden im Auslande gekaufte, ausländische Wertpapiere dem im Inlande wohnenden Erwerber übersandt, so entsteht keine Stempelpflicht, wenn der Adressat bei der Zollrevision die Annahme ablehnt. **b)** R. **10** Nr. 1025 (Hamburg). Werden ausländische Aktien bei einer inländischen Bank lediglich zu dem Zwecke hinterlegt, einer deutschen AG. die Ausübung des Stimmrechts zu sichern, so ist ein die Steuerpflicht begründendes Rechtsgeschäft nicht vorhanden.

Über Abs. 2 s. unten § 25.

§§ 9 ff. s. Tarifst. 3 A.

Tarifst. 1 a. **a)** Berücksichtigung des Wertes der Sacheinlagen. α. **RG.** BauersZ. **10** 201 ff., R. **10** Nr. 2116/17. Der Reichsstempel für die bei der Kapitalserhöhung ausgegebenen neuen Aktien richtet sich nicht nach deren Nennbetrage, sondern nach dem zu ermittelnden inneren Werte derselben unter Berücksichtigung des Wertes der für Empfang der Aktien gemachten Sacheinlagen. Läßt sich dieser nicht ermitteln, so wird für die Bewertung der neuen Aktien auf den Kursstand der alten Aktien zurückzugehen sein. Werden neue Aktien gegen einen Barbetrag übernommen, wird aber gleichzeitig ein Kaufvertrag vereinbart, wonach der Übernehmer der Aktien ein geschäftliches Unternehmen unter dem Werte an die AG. abtritt, so ist die Annahme berechtigt, daß beide Geschäfte in einem derartigen Abhängigkeitsverhältnisse stehen, daß das Entgelt für die neuen Aktien nicht nur in der vereinbarten Barzahlung, sondern zugleich auch in dem Abschlusse des für die AG. günstigen Kaufgeschäfts gewährt wird. In solchem Falle ist als „Wert", für den die neuen Aktien übernommen werden, nicht nur der zu zahlende Barbetrag, sondern auch der den Kaufpreis übersteigende Mehrwert des auf die AG. übergehenden Unternehmens anzusehen. β. **RG.** BankA. **9** 77 f. Bei den Aktien, mit denen Konkurrenzwerke erworben werden, ist der Wert unmittelbar nach dem Werte der erworbenen Werke zu bestimmen, wenn nicht dieser Wert gewisse, in der Bilanz nicht zum Ausdrucke kommende immaterielle Dinge (Kundschaft usw.) umfaßt. In diesem Falle bietet sich als Anhaltspunkt für die Wertbestimmung der jungen Aktien der Durchschnittkurs der alten zur Zeit des Vertragsschlusses (vgl. ferner über den für die Versteuerung maßgebenden Wert der Aktien **RG. 69** 188, JW. **11** 109 f.). **b)** Deckung der Stempelabgabe durch den Agiogewinn. **RG.** BankA. **9** 268, R. **10** Nr. 2118. Aus welchen Gründen der Ausgabepreis der Aktien gerade so wie geschehen festgesetzt ist, ist gleichgültig, ebenso ob ein Teil des der AG. durch die Ausgabe der Aktien zugeflossenen Vermögens zur Deckung der Stempelabgaben und sonstigen Unkosten dienen soll. Der Ausgabepreis entscheidet stets für die Versteuerung, wenn er den Nennwert übersteigt. **c)** Verwendung alter, ungültiger Aktien zur Kapitalerhöhung. **RG. 70** 237 f., LeipzZ. **09** 395. Werden zur Ausführung des Beschlusses über Erhöhung des Grundkapitals alte Aktien verwendet, die infolge einer früheren Aktienzusammenlegung ungültig geworden waren, so entsteht für diese Aktien erneute Stempelpflicht. **d)** Verschiedene Besteuerung gleichzeitig ausgegebener Aktien. Abzug der Ausgabekosten. **RG.** BankA. **9** 77 f. Wenn von jungen Aktien, die zu gleicher Zeit und mit gleichen Rechten ausgegeben werden, ein Teil zum Erwerbe von Konkurrenzwerken verwendet, der andere Teil aber von einem Bankenkonsortium übernommen wird, so besteht kein Rechtssatz, wonach für alle diese Aktien der Ausgabestempel nach demselben Kurse berechnet werden müßte. Die Ausgabekosten für junge Aktien, insbesondere die Stempelgebühren, sind bei Ermittelung des für die Stempelberechnung maßgebenden Preises oder Wertes der Aktien nicht in Abzug zu bringen.

Tarifst. 1 c s. zu § 2.

Tarifst. 1 d. Abs. 2. Einzahlungen auf Kuxe. **RG.** JW. **10** 954. Für die Frage, ob eine Kapitalsanlage in eine gewerkschaftliche Unternehmung vorliegt, ist es ohne Bedeutung, ob sie auf Grund einer Ausschreibung oder auf Grund eines anderen geschäftlichen Vorganges erfolgt ist. Die Stempelpflicht entfällt nicht deshalb, weil eine förmliche Ausschreibung von Einzahlungen auf Kuxe nicht stattgefunden hat oder weil es sich um Sacheinlagen handelt.

Tarifst. 2 a. Verstempelung von Genußscheinen. **RG. 70** 52. Genußscheine einer AG., die den Inhaber unter gewissen Bedingungen zum Bezug

eines bestimmten Geldbetrags aus dem Reingewinne der Gesellschaft berechtigen, sind als Schuldverschreibungen zu versteuern.

Tarifst. 3 A. Wer hat die Talonsteuer zu tragen? BankA. **10** 45 f. (Rostock). Die Talonsteuer ist grundsätzlich nicht von den Inhabern der Effekten zu tragen, sondern von dem Ausgeber der Zinsbogen (aA. LG. Magdeburg, LeipzZ. **10** 878 f.); vgl. hierzu Heilbrun, HoldheimsMSchr. **09** 242 f., der zu dem Ergebnisse kommt, daß der Inhaber der Schuldverschreibung oder Aktie die kostenfreie Ausstellung neuer Zins- oder Dividendenscheine verlangen kann.

II. Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte.
(§§ 12—27, Tarifst. 4.)

Meyer, HoldheimsMSchr. **09** 72, 126, verbreitet sich über die rechtliche Natur und Stempelpflichtigkeit des zwischen dem Konsortium und dem Aussteller geschlossenen Vertrags. Als Grundcharakter desselben bezeichnet er mit Hilfe des Konsortiums Abnehmer für Wertpapiere zu schaffen. Daher stellt er betr. der Stempelpflicht folgende Sätze auf: 1. Der Begebungsvertrag ist kein Anschaffungsgeschäft, auch kein bedingtes. 2. Hinsichtlich der den Zeichnern auszuliefernden Papiere liegt seitens des Konsortiums eine vorübergehende Inbesitznahme, keine Anschaffung vor; das Konsortium ist nur der Vermittler. 3. Hinsichtlich der nicht gezeichneten Papiere liegt eine Anschaffung vor, wenn das Konsortium sie zu freier unabhängiger Verfügung in Besitz nimmt. — Um bei Verteilung der nicht abgesetzten Papiere auf die einzelnen Konsorten nochmalige Stempelung zu vermeiden, schlägt er vor, ein Gesellschaftsvermögen nicht zu bilden und zu vereinbaren, daß jeder Konsorte von vornherein bestimmte Stücke zu alleinigem Eigentum erwerben solle. Er behandelt dann noch weiter die Auseinandersetzung zwischen Haupt- und Unterkonsorten.

§ 12. Zum Begriffe der im Ausland abgeschlossenen Geschäfte vgl. **RG.** JW. **10** 955.

§ 13. Bedingte Geschäfte. **RG.** BankA. **9** 102 f. Die vorbehaltene und noch notwendige Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte kann unter besonderen Umständen als Bedingung aufgefaßt werden, sofern man das Rechtsgeschäft als endgültig abgeschlossen anzusehen vermag. Regelmäßig liegt jedoch in dem Vorbehalte der Zustimmung nur der Hinweis, daß die bisherigen Verabredungen lediglich Vorbesprechungen darstellten, denen der endgültige Abschluß des Rechtsgeschäfts erst folgen würde.

§§ 25, 95. Strafbestimmungen. **RG.** BankA. **9** 126. Zum Nachweis einer Zuwiderhandlung im Sinne des § 25 genügt die Feststellung der Tatsachen, die den äußeren Tatbestand der Zuwiderhandlung darstellen. Bei Zuwiderhandlungen gegen Entrichtung des Schlußnotenstempels ist die Strafe nach dem Gesamtwerte des Geschäftsgegenstandes zu bemessen und somit, wenn mehrere Papiere den Gegenstand des Geschäfts bilden, nicht etwa nach dem Werte des einzelnen Papiers festzustellen.

§ 25. **RG.** BankA. **9** 102 f. Die Tatbestände der §§ 2 Abs. 2 und 25 RStempG. stehen nicht in Idealkonkurrenz, sondern in Realkonkurrenz zueinander, da er sich bei dem „Abschluß eines stempelpflichtigen Anschaffungsgeschäfts" und dem „Inverkehrbringen eines stempelpflichtigen Wertpapiers" um zwei verschiedene Rechtsakte handelt.

Tarifst. 4. a) Schlußnotenstempel bei nicht vollgezahlten Aktien. **RG. 69** 336, **73** 222 f. Beim Anschaffungsstempel ist nicht die Schlußnote, sondern das Geschäft Gegenstand der Besteuerung. Daher ist für die Versteuerung der Anschaffung von nicht vollgezahlten Aktien nicht die Angabe des Preises in der Schlußnote maßgebend, vielmehr ist der vereinbarte Preis festzu-

stellen. **b)** Stempelpflicht bei Konsortialgeschäften. **RG. 73** 222 f., BankA. **9** 269 f., R. **10** Nr. 2119. Überläßt eine AG. die von ihr neu ausgegebenen Aktien einem Konsortium zu einem bestimmten Preise und gegen die Verpflichtung, die Aktien den alten Aktionären zu einem vereinbarten Preise zum Bezug anzubieten, so stellt sich die Überlassung der Aktien an das Konsortium als ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft dar. Überläßt nun das Konsortium den alten Aktionären die Aktien, so liegt darin ein weiteres, entgeltliches, auf Eigentumserwerb gerichtetes und stempelpflichtiges Geschäft. Dies gilt auch dann, wenn die Aktien den das Bezugsrecht ausübenden Aktionären auf Anweisung des Konsortiums unmittelbar von der AG. ausgehändigt werden. Denn der Stempel ist nicht für die dingliche Übereignung zu entrichten, sondern für das dieser zugrunde liegende obligatorische Geschäft, und dies ist zwischen dem Konsortium und den Aktionären zustande gekommen. **c)** OLG. **21** 313 (München). Werden bei der Erbauseinandersetzung mehrerer Erben den einzelnen Erben Wertpapiere zugeteilt, so sind in diesem Erwerbe der Stempelpflicht unterliegende Anschaffungsgeschäfte zu erblicken.

III. Spiel und Wette.
(§§ 28—36, Tarifst. 5.)

§ 31. RG. (Strafs.) **42** 117. Vermittlung von Auslandswetten liegt nur vor, wenn die Wetteinsätze bei dem ausländischen Wettunternehmen angelegt werden.

V. Personenfahrkarten.
(§§ 46—55, Tarifst. 7.)

Tarifst. 7 a. Stempelpflichtigkeit von Fahrscheinheften. **RG.** JW. **09** 81. Fahrscheinhefte einer Straßenbahn mit 11 Einzelfahrscheinen zum ermäßigten Preise von 1 M. statt 1,10 M. unterliegen auch dann der Steuer, wenn nach den auf den Heften aufgedruckten Bedingungen der Schaffner allein zur Ablösung der Einzelscheine berechtigt ist.

Tarifst. 7 b. Scheine für Hafenrundfahrten. OLG. **21** 134, R. **10** Nr. 2743 (Hamburg). Werden für Rundfahrten (z. B. im Hamburger Hafen) Karten zum Preise von 1 M. ausgegeben, so unterliegen diese dem Fahrkartenstempel auch dann, wenn nach einer auf der Fahrkarte gedruckten Bemerkung für Führung und Erklärung 0,50 M. berechnet werden, so daß danach der eigentliche Fahrpreis nur 0,50 M. beträgt.

VI. Erlaubniskarten für Kraftfahrzeuge.
(§§ 56—65, Tarifst. 8.)

§ 56. Begriff der Probefahrt. **RG.** JW. **10** 683. Dem Unternehmer einer Probefahrt ist nicht verwehrt, andere Personen daran teilnehmen zu lassen. Aus welchem Personenkreise die Teilnehmer gewählt werden, ist gleichgültig; insbesondere ist die Zulassung von Familienangehörigen als mit dem Begriffe der Probefahrt grundsätzlich nicht unvereinbar. Vgl. ferner über den Begriff der Probefahrt **RG.** JW. **09** 532 f., DJZ. **09** 1212.

Tarifst. 8. Auslegung der Befreiungsvorschrift Nr. 2. **RG.** ZAW. **10** 198. Zum Begriffe der gewerbsmäßigen Personenbeförderung im Sinne dieser Vorschrift gehört, daß sie in Ausübung des Fuhrhaltereigewerbes erfolgt. Werden zum Verkaufe gestellte Kraftwagen gegen Entgelt Dritten zur Benutzung überlassen, so greift die Befreiungsvorschrift nicht Platz.

VII. Vergütungen.
(§§ 66—69, Tarifst. 9.)

Tarifst. 9. RG. 73 355, BauersZ. **10** 218 f. Erhält der Aufsichtsrat neben der Vergütung für die Überwachung der Geschäftsführung einen weiteren Betrag für

solche Bemühungen, die nicht in der Überwachung der Geschäftsführung bestehen, so ist auch dieser Betrag steuerpflichtig, denn alle geldwerten Bezüge, die den Aufsichtsratsmitgliedern als solchen zufließen, sind der Steuer unterworfen.

VIII. Schecks.
(§§ 70—77, Tariffst. 10.)

Breit, BankA. **9** 103 ff., erörtert ausführlich den Quittungsstempel und rollt hierbei die Fragen der Voraussetzungen der stempelpflichtigen Quittung, des Begriffs des Guthabens, der Stempelpflicht bei Zahlungen aus Depositen- und Sparkassenguthaben und bei Überziehung des Guthabens, der Platzanweisungen und Quittungsschecks auf (vgl. Breit, DJZ. **09** 1133/34).

IX. Grundstücksübertragungen.
(§§ 78—90, Tariffst. 11.)

Bleugels, DNotV. **10** 851 ff., bespricht im Anschluß an die Entsch. des KG. v. 28. Mai 1910 und den FinMinErl. v. 31. Januar 1910 die Stempelpflichtigkeit der Überlassungsverträge. Er wendet sich gegen die vom KG. geschaffene Auslegung des Begriffs des Überlassungsvertrags und meint, daß jeder Überlassungsvertrag als mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt anzusehen sei, auch wenn die von dem Deszendenten im Vertrag übernommenen Verpflichtungen die wirkliche Gegenleistung für das überlassene Gut darstellen. In letzterem Falle nimmt das KG. keinen Überlassungsvertrag an.

§ 78. a) **RG.** JMBl. **10** 281, KGJ. **38** B 1 ff., R. **10** Nr. 2435. Der Reichsauflassungsstempel ist auch dann zu erheben, wenn das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft vor dem 1. August 1909 beurkundet worden ist, die Auflassung aber erst an oder nach diesem Tage stattfindet. **b)** R. **10** Nr. 2748 (Bay. ObLG.). Eine vor dem 1. August 1909 erklärte Auflassung wird nicht dadurch stempelpflichtig, daß ihr Vollzug durch das Grundbuchamt erst nach diesem Tage erfolgt. **c)** R. **10** Nr. 2749 (BayObLG.). Ist vor dem 1. August 1909 eine Grundstücksveräußerung samt Auflassung beurkundet und werden nachträglich die Zahlungsbedingungen geändert, so tritt dadurch eine Stempelpflicht nicht ein.

§ 85. Abs. 3. KGJ. **39** B 62 f., OLG. **21** 13. Bei ungenügend versteuerten Urkunden darf der Richter die Eintragung nicht von dem Nachweise der endgültigen Zahlung abhängig machen, sondern er darf nur Leistung einer Sicherheit für die Abgabe verlangen. Die gegen diese Anordnung des Richters erhobene Beschwerde kann sich darauf stützen, daß ein Stempel überhaupt nicht oder nur in geringer Höhe zu erheben sei. Die hierauf ergehende Entscheidung hat aber nur Bedeutung für die Höhe der Sicherheitsleistung. Die endgültige Feststellung des Stempels muß stets der Steuerbehörde zustehen.

Tariffst. 11 a. Befreiungsvorschrift Ziff. 2. Begriff der Überlassungsverträge. R. **10** Nr. 1026 (BayObLG.). Überlassungsverträge im Sinne der Befreiungsvorschrift Ziff. 2 Tariffst. 11 a sind nicht sämtliche Immobiliarübertragungsverträge zwischen Eltern und Kindern, sondern nur solche über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke, die einen vorweggenommenen Erbgang darstellen. Daher kann z. B. die Überlassung eines städtischen Miethauses durch den Vater an den Sohn nicht Befreiung von der Stempelpflicht beanspruchen.

Tariffst. 11 d. Abs. 1. Auflassung infolge Vermächtnisses. OLG. **21** 135 (Hamburg). Erfolgt die Auflassung auf Grund eines Vermächtnisses, so liegt keine freiwillige Veräußerung im Sinne der Tariffst. 11 d Abs. 1 vor, denn der Anspruch des Vermächtnisnehmers auf Übertragung des Eigentums hat

seine Grundlage in gesetzlichen Vorschriften. Eine Stempelpflicht ist daher nicht begründet.

Tarifst. 11 d. Abs. 3. Vorlegung einer vor dem 1. August 1909 ausgestellten Urkunde. R. **10** Nr. 2746 (Hamburg). Die Befreiung von dem Auflassungsstempel tritt dann nicht ein, wenn eine das Veräußerungsgeschäft enthaltende Urkunde vorgelegt wird, die an sich stempelpflichtig ist, für die aber, weil vor dem 1. August 1909 ausgestellt, kein Stempel bezahlt ist.

Tarifst. 11 d. Befreiungsvorschrift. Nichtanwendbarkeit bei Erwerb von Gemeinden. OLG. **21** 136 f. (KG.). Den Gemeinden kann die Befreiung von dem Reichsstempel auf Grund der Tarifst. 11 d nicht gewährt werden, weil es dem Zwecke dieser Vorschrift, der Begünstigung der sogen. „kleinen Leute“ widersprechen würde.

X. Allgemeine Bestimmungen.
(§§ 91—96.)

§ 94. Verzinsung zurückzuzahlender Stempelbeträge. **RG. 72** 152 ff. Der Fiskus hat zurückzuzahlende Stempelbeträge regelmäßig nicht vom Tage der Zahlung, sondern erst vom Tage der Klagezustellung an zu verzinsen (vgl. hierzu die in Steuersachen ergangene, entgegengesetzt lautende Entsch. des OLG. Braunschweig, OLG. **18** 53).

§ 96. Über Ausdehnung des § 96 auf Vertreter einer nicht im Satz 1 bezeichneten Gesellschaft s. **RG.** (Strafs.) **42** 307.

Preußisches Stempelsteuergesetz.

Vom 26/30. Juni 1909.

§ 3. a) Auslegung des Inhalts der Urkunde. **RG.** R. **10** 519. Für den Inhalt der Urkunde kommt nur der erklärte Wille der Parteien in Betracht. Als erklärt gilt aber auch das, was sich als rechtliche Notwendigkeit unmittelbar aus dem ausdrücklich Erklärten ergibt. Wenn z. B. ausdrücklich die Verpflichtung übernommen wird, hinsichtlich darzuleihender Beträge gewisse Nebenverpflichtungen (Verzinsung, Sicherstellung usw.) zu erfüllen, so ergibt sich, daß damit auch die Hauptverbindlichkeit, von der jene Nebenverbindlichkeiten abhängen, nämlich die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens hat übernommen werden sollen. **b)** Bedingte Verträge. R. **10** 92 (KG.). Verträge, die unter aufschiebenden, in dem bloßen Wollen des einen Teiles bestehenden Bedingungen geschlossen sind, sind nicht stempelpflichtig, da ein wirksames Geschäft nicht vorliegt.

§ 4. Sachliche Stempelsteuerbefreiungen. **a)** KGJ. **38 B** 72 f. Die Vollmacht zur Vertretung in einem Verfahren betr. 1. das Aufgebot eines Hypothekenbriefs, 2. die Ausschließung eines Hypothekengläubigers nach § 1170 BGB. und 3. das Aufgebot eines Sparkassenbuchs unterliegt einem Stempel von 1,50 M., auch wenn die hypothekarisch gesicherte Forderung oder das Sparkassenguthaben den Betrag von 150 M. nicht übersteigt. **b)** § 4 Abs. 1 e. KGJ. **38 B** 11 f. Die Stempelfreiheit für Besitzveränderungen im Bereiche des von dem PrFluchtlinienG. vom 2. Juli 1875 geordneten Verfahrens beginnt erst, wenn die Festsetzung der Fluchtlinien die Zustimmung der Ortspolizeibehörde gefunden hat. Ist die Auflassung eines nach der Fluchtlinienfestsetzung dem Enteignungsrechte der Gemeinde unterworfenen Grundstücks an die Gemeinde vor Zustimmung der Ortspolizeibehörde, die Eintragung des Eigentums der Gemeinde aber erst nach dieser Zustimmung erfolgt, so bleibt der Auflassungsstempel außer Ansatz. **c)** § 4 Abs. 2, § 6 Abs. 9.

RG. JW. **11** 120. Ist eine Forderung unter 150 M. nebst Zinsen eingeklagt, so berechnet sich für die Vollmacht der Wert des Prozeßgegenstandes nach dem Betrage der Forderung und der Zinsen. Ist der Lauf der Zinsen zeitlich nicht beschränkt, so ist deren Wert nach § 6 Abs. 9 zu berechnen.

§ 5. Persönliche Stempelsteuerbefreiungen. **a)** § 5 d. KGJ. **37 B** 3. Herbergen zur Heimat, die Nachtlager, Kost und unentgeltlichen Arbeitsnachweis gewähren, genießen keine Stempelfreiheit. KGJ. **38 B** 50. In Hospitalangelegenheiten, namentlich bei Verwaltung eines Hospitalfonds sind die Gemeinden von der Entrichtung der Stempelsteuer nicht befreit. **b)** § 5 g. Pr. VerwBl. **30** 236 (OVG.). Diese Bestimmung trifft nicht auf die Genossenschaften zu, die nach ihrem Statut unbemittelten und bemittelten einzelnen Personen ohne Familie Wohnung gewähren.

§ 6. S. zu § 4 a, c.

§ 10. Urkundliche Vertragserklärungen des einen Vertragsteils. **RG. 73** 264, R. **10** 453. Wenn aus einem gegenseitigen Vertrage nur die Erklärungen des einen Teiles herausgehoben und urkundlich festgelegt werden, so ist nicht der ganze Vertrag, sondern nur dieser Teil der Urkundenbesteuerung unterworfen. Dieser Teil wird für die Besteuerung aber für sich allein genommen, so daß z. B. für die alleinige Erklärung betr. die Zahlungsverpflichtung des Käufers der Stempel für Schuldverschreibungen zu entrichten ist.

§ 12 a. (Tariffst. 8 Abs. 4 Ziff. 3.) Veräußerung für eigene Rechnung des Bevollmächtigten. KGJ. **39 B** 76 ff. Das Grundbuchamt ist, sofern ein Anlaß dazu vorliegt, verpflichtet zu ermitteln, ob die Veräußerung für Rechnung des Bevollmächtigten erfolgt ist. Hierfür ist der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts wesentlich. Auch der Bevollmächtigte haftet gemäß § 12 **a** PrStG. für den Auflassungsstempel.

§§ 12, 13. (Tariffst. 73.) Vollmacht des Offizialverteidigers. KGBl. **10** 111 (KG.). Überreicht der Offizialverteidiger des Angeklagten eine Vollmacht, so muß er für den Stempel aufkommen. Erstattung des Stempels durch die Staatskasse kann er nicht verlangen.

§ 26. Rechtsweg. **RG. 72** 155 f. Der preußische Fiskus kann eine Feststellungsklage dahin erheben, daß ihm ein bestimmter Stempelanspruch gegen den Beklagten zustehe, vorausgesetzt, daß die Vorschriften des § 256 ZPO. gegeben sind, dies ergibt sich aber nicht aus § 26, sondern aus allgemeinen Erwägungen. Vgl. hierzu die zur AVf. v. 27. Juli 1909 ergangene Entsch. R. **10** 254 (KG.). Als Erinnerungen und Beschwerden gegen einen Stempelansatz, über die nach § 5 aaO. unter Ausschluß des Rechtswegs lediglich im Dienstaufsichtswege entschieden wird, sind nicht nur Erinnerungen und Beschwerden gegen die Höhe des angesetzten Stempels, sondern auch solche anzusehen, die die Pflicht zur Entrichtung des Stempels, namentlich wegen eines angeblichen Anspruchs auf Stempelbefreiung bestreiten.

§ 27. Verjährung des Stempels für Zuwachs des Stiftungsvermögens. KGJ. **38 B** 59 f. Hat die zuständige Behörde eine nähere Bestimmung für die Erhebung des Stempels getroffen, dann beginnt die Verjährung erst mit dem Ablaufe des Kalenderjahrs, in dem der Stempel in Gemäßheit dieser Bestimmung zu entrichten ist. Ist eine solche Bestimmung nicht getroffen, dann beginnt die Verjährungsfrist mit dem Ablaufe des Kalenderjahrs, in dem ein Zuwachs zu dem Stiftungsvermögen stattgefunden hat, hinsichtlich des in diesem Jahre angesammelten Betrags.

Stempeltarif.

Tariffst. 2. Abtretungsstempel. KGJ. **38 B** 53. Wird in einem Grundstückskaufvertrage zwischen den Parteien vereinbart, daß der Kaufpreis ganz oder

teilweise an einen Dritten gezahlt werden soll, so ist der Abtretungsstempel der Tarifst. 2 nicht zu erheben, selbst wenn der wirtschaftliche Erfolg des Vertrags zugunsten des Dritten sich mit dem einer Abtretung des Kaufpreises an den Dritten deckt.

Tarifst. 8. Auflassungsstempel. **a)** Abs. 1. Stempelberechnung. **α.** OLG. **21** 141 (KG.). Wird das Grundstück von dem Käufer nach dem Vertragschluß, aber vor der Auflassung bebaut, so ist der Auflassungsstempel nur nach dem Werte des Grund und Bodens — ohne Berücksichtigung des Gebäudes — zu berechnen. **β.** OLG. **21** 140 (KG.). Für die Erhebung des Stempels genügt es, wenn der Antrag zu der Umschreibung des Grundstücks auf den Gesellschafter geführt hat. Der Stempel kann jedoch durch Vorlegung einer stempelpflichtigen Urkunde abgewendet werden, soweit dies nach der Fassung der Tarifst. 8 Nr. 3, 4 zulässig ist. **b)** Abs. 2 vgl. § 4 Abs. 1 **e**. **c)** Abs. 3. Vorlegung von Verträgen. KGJ. **37 B** 66. Leben Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft und wird an sie ein Grundstück aufgelassen, so genügt zur Ausschließung des Auflassungsstempels der von einem Ehegatten abgeschlossene Kaufvertrag. — **RG.** JMBl. **10** 414, R. **10** 783. Begründet erst eine Reihe von Geschäften oder sonstigen rechtlichen Vorgängen die Verpflichtung des Eigentümers zur Auflassung, so müssen die Urkunden über alle in Betracht kommenden Rechtsakte vorgelegt werden, wenn Befreiung von dem Auflassungsstempel erzielt werden soll. Daher wird durch einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein Grundstück an den anderen Teil oder unmittelbar an einen von diesem zu bezeichnenden Dritten aufzulassen, der Auflassungsstempel nicht ausgeschlossen, wenn die Auflassung von dem bisherigen Eigentümer unmittelbar an den Dritten erfolgt. Zum Begriffe der Urkunden im Sinne dieser Vorschrift vgl. ferner OLG. **21** 143. **d)** Abs. 4 Ziff. 3 vgl. zu § 12 a. **e)** Abs. 4 Ziff. 4. (Tarifst. 25 d Nr. 2.) OLG. **21** 146. Tritt ein Gesellschafter einer in Liquidation befindlichen GmbH. seinen Geschäftsanteil dem anderen Gesellschafter A. ab, der nun alle Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigt, und lassen sie dann als Liquidatoren der GmbH. das Gesellschaftsgrundstück dem A. auf, so ist der Auflassungsstempel zu zahlen, auch wenn eine notarielle, die Grundlage der Auflassung bildende Urkunde vorhanden ist. Der Erwerber des Grundstücks war zuletzt alleiniger Gesellschafter und daher an dem ganzen, ihm zum Sondervermögen überlassenen Grundstück interessiert. Der Wertstempel von 1 pCt. braucht also gemäß Tarifst. 25 d Nr. 2 Abs. 2 auch nicht einmal teilweise entrichtet zu werden. Wohl aber ist gemäß Tarifst. 8 Abs. 4 Nr. 4 der Auflassungsstempel fällig.

Tarifst. 23, 24. Vgl. zu § 27.

Tarifst. 25. Gesellschaftsverträge. **a)** Tarifst. 25 b. 1. R. **10** 386 (KG.). Vereinbaren die Erben eines verstorbenen Gesellschafters, durch dessen Tod die offene Handelsgesellschaft aufgelöst ist, mit dem überlebenden Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft, so ist weder Tarifst. 25 b 1, noch 25 b 2, sondern Tarifst. 71 Nr. 2 anzuwenden. **b)** Tarifst. 25 c. **α. RG.** BauersZ. **10** 151, R. **10** 182. Bringen bei der Gründung einer AG. die Gesellschafter einer GmbH. sämtliche Geschäftsanteile ein, so geht hiermit keineswegs das gesamte Vermögen der GmbH. auf die AG. über. Beide Gesellschaften bestehen vielmehr nebeneinander. Die Tarifst. 25 c StStG. ist deshalb nicht anzuwenden. **β. RG. 73** 121 ff., R. **10** 286. Wird ein durch Mutung erworbenes Recht in eine Gesellschaft eingebracht, so ist dies als „Einbringen von beweglichen Vermögensgegenständen" mit $^1/_3$ v. H. zu versteuern. **γ. RG.** BankA. **8** 10 f. Bei Fusion zweier Aktiengesellschaften bilden die beiderseitigen Generalversammlungsbeschlüsse nicht die stempelpflichtige Beurkundung des Fusionsvertrags; die Stempelpflicht setzt die Beurkundung entsprechender Vertragserklärungen der Gesellschaftsvorstände voraus. **δ. RG.** JW. **11** 121. Über Berechnung der Stempelsteuer für Einbringung eines Zeitungsunternehmens und Firmenrechten in eine AG. **ε. RG.** JW. **10** 720 f. Stempelsteuer bei Umwand-

lung einer offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH. **c)** Tarifst. 25 d. **α. RG. 72** 161 f. Übernimmt bei der Auseinandersetzung der Mitglieder einer zweigliederigen offenen Handelsgesellschaft der eine gegen Abfindung des anderen die sämtlichen Aktiven und Passiven der Gesellschaft, so ist trotz der in diesem Falle eintretenden Anwachsung (vgl. **RG. 68** 417) die Tarifst. 25 d Abs. 2, nicht die Tarifst. 71 Nr. 2 anzuwenden. Als „Entgelt" ist in einem solchen Falle außer der Barabfindung auch der halbe Betrag der übernommenen Schulden zu verstempeln (vgl. R. **10** 42); vgl. hierzu ferner **RG.** R. **10** 783, wo der oben dargelegte Grundsatz wiederholt wird. β. **RG. 72** 160. Die Überlassung eines im Grundbuche noch auf den Namen eines Gesellschafters eingetragenen Grundstücks an einen anderen Gesellschafter bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ist als lästiges Veräußerungsgeschäft zwischen den Gesellschaftern nach Tarifst. 32 zu versteuern, selbst wenn das Grundstück in der Geschäftsbilanz als Gesellschaftsvermögen aufgeführt steht. γ. **RG. 74** 6 f., BauersZ. **10** 278 f. Bei Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine GmbH. ist für die in die letztere gemachten Sacheinlagen der Einbringungsstempel zu entrichten. Die Berufung auf Tarifst. 25 d Abs. 2 ist erfolglos. Das bürgerliche Recht und Handelsrecht kennt nicht einen allgemeinen Rechtsbegriff der Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere, d. h. einer Umänderung der rechtlichen Natur einer Gesellschaft bei bestehenbleibender Identität der Rechtsperson. δ. Vgl. zu Tarifst. 8 Abs. 4 Ziff. 4.

Tarifst. 32. Kauf- und Tauschverträge. **a)** Abs. 1. **RG. 73** 88, JW. **10** 249. Tauschvertrag und nicht doppelter Kaufvertrag über Grundstücke liegt vor, wenn die vereinbarten Tauschwerte in gewisser Höhe ihre Deckung unmittelbar durch die Hingabe des anderen Grundstücks finden sollen, d. h. wenn ein Teil der Tauschpreise durch gegenseitige Aufrechnung ausgeglichen ist (vgl. ferner KGJ. **39** B 98). — KGJ. **38** B 66 f. Verpflichtet sich in einem Vertrag der eine Teil, ein dem anderen Teile gehöriges Grundstück jederzeit zu einem bestimmten oder bestimmbaren Preise anzukaufen, während der andere Teil lediglich die Verpflichtung übernimmt, das Grundstück nicht zu verkaufen, es sei denn an den einen Teil, so liegt kein bedingter Kaufvertrag vor. Es ist deshalb nur der allgemeine Vertragsstempel zu entrichten. **b)** Abs. 1 lit. a. α. R. **10** 421 (KG.). Der Zuschlagsbeschluß im Zwangsversteigerungsverfahren unterliegt dem Stempel aus Tarifst. 32 a auch dann, wenn der frühere Eigentümer des Grundstücks das Eigentum vor Einleitung der Zwangsversteigerung rechtswirksam aufgegeben hat. β. **RG.** JW. **11** 122. Ist für eine selbständige Gerechtigkeit ein Grundbuchblatt nicht angelegt, so steht sie nicht unter Liegenschaftsrecht und kann nicht als ein den beweglichen Sachen gleichgeachtetes Recht im Sinne der Tarifst. 32 a gelten (aA. KGJ. **39** B 94). **c)** Abs. 1 lit. c. **RG. 70** 220. Die Veräußerung eines Zeitungsunternehmens ist ein lästiges Veräußerungsgeschäft. **d)** Abs. 2. α. **RG.** JMBl. **10** 290. Zur Stempelberechnung für diese Tarifstelle sind drei Faktoren zu ermitteln: das Meistgebot, der gemeine Grundstückswert und der Gesamtbetrag der Hypotheken oder Grundschuldforderungen des Erstehers sowie der diesem vorgehenden Forderungen. Ist von diesen Faktoren das Meistgebot am höchsten, so ist der Stempel von ihm zu berechnen. Bleibt das Meistgebot hinter dem Grundstückswerte zurück, so ist zu untersuchen, ob von den beiden anderen Faktoren der Grundstückswert oder der zu dritt genannte Gesamtbetrag höher ist. Der Stempel ist alsdann nach dem niedrigeren dieser beiden, das Meistgebot übersteigenden Faktoren zu berechnen. β. **RG.** JMBl. **10** 291 f. Bei der Berechnung des Gesamtbetrags der Hypothekenforderungen des Erstehers und der dieser vorgehenden Forderungen sind auch die ganz oder zum Teil ausgefallenen Hypotheken mitzuberücksichtigen, ferner Zinsen, Kosten und Grundstücksabgaben. Die der Hypothek des Erstehers gleichstehenden Hypotheken kommen dagegen bei der Stempelberechnung nicht in Betracht. γ. KGJ. **38** B 44 f. Altenteilsrechte und

solche Grunddienstbarkeiten, die zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben bei der Berechnung des stempelpflichtigen Wertes des Zuschlagsbeschlusses außer Ansatz, wenn sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers gleich- oder nachstehen. — Gehen sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers vor und werden sie bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt, so bleiben sie bei der Berechnung des stempelpflichtigen Wertes jedenfalls dann außer Ansatz, wenn die Verpflichtung des Erstehers, für den Fall ihres Nichtbestehens einen Ersatzbetrag bar zu zahlen, im Zuschlagsbeschlusse nicht zum Ausdrucke kommt. e) Abs. 9. R. **10** 387 (KG.). Erfolgt die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot erst nach Schluß des Versteigerungstermins, aber bis zur Verkündung des Zuschlags, dann keine Stempelermäßigung. f) Abs. 10. PrVerwBl. **30** 156 (OVG.). Wird der Zuschlag in der Zwangsversteigerung einem Deszendenten für ein dem Aszendenten gehöriges Grundstück erteilt, so tritt keine Stempelbefreiung ein. Ebenso OLG. **21** 148 (KG.), ferner R. **10** 254 (KG.) für Stiefsöhne.

Tarifst. 54. Punktation. **RG. 73** 116 f., R. **10** 286. Eine Punktation liegt auch dann vor, wenn durch einen beiderseits unterschriebenen Vertrag die Verpflichtung zum demnächstigen Abschluß eines endgültigen Vertrags begründet ist, dessen Inhalt zunächst nur in den wesentlichen Beziehungen, nicht auch hinsichtlich der sog. naturalia festgestellt ist. Läßt sich über die letzteren Punkte später eine Einigung nicht finden, so hat der Richter diesen Vertragswillen zu ergänzen (vgl. ferner **RG.** JW. **10** 400 f.).

Tarifst. 58. Schuldverschreibungsstempel. a) Abs. 1. α. Zum Begriffe der Schuldverschreibung. αα. **RG.** R. **10** 213. Ist der Wille, sich zu einer Zahlung zu verpflichten, in der Urkunde ausgedrückt, so muß der Stempel entrichtet werden. Unerheblich ist dabei, ob der Aussteller auch den Zweck verfolgt hat, den Gläubiger von der beabsichtigten Zahlung zu benachrichtigen. ββ. **RG.** BankA. **9** 349 f. Verpflichtet sich jemand in einer Urkunde, eine ihm in dieser Urkunde versprochene Darlehnssumme zu verzinsen, Provision und Gewinnbeteiligung zu gewähren, auch die Darlehnssumme sicherzustellen, so ist der Schuldverschreibungsstempel zu erheben, auch wenn die Rückzahlung der Darlehnssumme in dieser Urkunde nicht ausdrücklich versprochen wird. b) **RG. 74** 11 f., R. **10** 519. Die Erklärung des Darlehnsgebers betr. seine Verpflichtung zur Hergabe des Darlehens ist keine stempelpflichtige Schuldverschreibung, da die wesentliche Bedeutung dieser Hergabe weniger in der Tilgung der Pflicht zur Hergabe als in der Begründung der Pflicht zur Rückzahlung besteht. Würde die Erklärung des Gläubigers wie die Erklärung des Schuldners, sich zur Rückzahlung zu verpflichten, stempelpflichtig sein, so würde das Darlehnsgeschäft mit einer doppelten Steuer belastet sein, was der Gesetzgeber nicht gewollt hat (vgl. ferner **RG. 73** 264 ff., R. **10** 453). c) Abs. 1. Befreiungsvorschrift b. **RG. 73** 420, DJZ. **10** 965. Ein Lombarddarlehen im Sinne der Befreiungsvorschrift b der Tarifst. 58 I liegt nicht vor, wenn der Darlehnsnehmer dem Darlehnsgeber einen Solawechsel über die gleiche Darlehnsschuld gibt, der keine andere als lediglich seine eigene Wechselverbindlichkeit enthält. d) Abs. 3. KGJ. **37 B** 69. Für den Antrag auf Eintragung einer Höchstbetragssicherungshypothek gilt Tarifst. 58 III, nicht Tarifst. 59.

Tarifst. 70. Abs. 2. Transportversicherung. **RG. 72** 418, JW. **10** 250. Bei der Transportversicherung versichert sich der Versicherungsnehmer nicht nur gegen die Gefahren des eigentlichen Transports, sondern auch gegen die Gefahren der Zwischenzeit. Dadurch verliert die Versicherung nicht den Charakter der Transportversicherung.

Tarifst. 71. a) Abs. 1. **RG.** R. **10** 421. Vor der Ermäßigung besteht kein, auch nur bedingter Erstattungsanspruch. b) Abs. 2. α. **RG.** JW. **10** 196. In

einem zwischen zwei Personen geschlossenen Vertrage kann sehr wohl der Beitritt eines Dritten mit gewissen Rechten und Pflichten als Bedingung gesetzt sein. Hierdurch wird die Rechtswirkung des Vertrags beschränkt, aber nicht die Stempelpflichtigkeit der über ihn als zulässiges und gültiges Rechtsgeschäft errichteten Urkunde beseitigt. β. **RG.** JW. **10** 492, R. **10** 387. Dem allgemeinen Vertragsstempel der Tarifst. 71 Abs. 2 unterliegen mehrseitige Rechtsgeschäfte, die auf der wechselseitig erklärten Willensübereinstimmung mehrerer Personen beruhen, einerlei, ob der Vertrag wechselseitige Verbindlichkeiten begründet oder nur ein einseitig verpflichtender ist. So sind hiernach stempelpflichtig Urkunden, in denen die von dem einen Teile abgegebene Verzichtserklärung von dem anderen Teile angenommen worden ist. γ. **RG. 73** 182 f. Wird der urkundlich erklärte, bedingte Verzicht des Versicherten auf die Aufnahme einer „formellen Taxe oder Obmannstaxe" des Schadens durch die Versicherungsgesellschaft schriftlich angenommen, so ist der Stempel der Tarifst. 71 Nr. 2 zu entrichten. Vgl. ferner **RG. 72** 161 (bei Tarifst. 25 d), R. **10** 386 (bei Tarifst. 25 b), KGJ. **38 B** 66 (bei Tarifst. 32).

Tarifst. 73. Vollmachtsstempel. **a)** R. **10** 386 (KG.). Ist in einer Urkunde mehreren, zur gemeinschaftlichen Ausübung ihres Berufs verbundenen Rechtsanwälten Vollmacht erteilt, so ist der Vollmachtsstempel nur einmal zu erheben, selbst wenn sich die Vollmacht nur auf den Betrieb einer materiellen Rechtsangelegenheit bezieht. **b)** KGJ. **39 B** 101. Dienstverhältnis im Sinne der Tarifst. 73 Abs. 2 ist nicht nur das privatrechtliche Dienstverhältnis, sondern auch das öffentlichrechtliche Beamtenverhältnis. Vgl. ferner KGJ. **38 B** 72 ff. (zu § 4), KGBl. **10** 111 (zu §§ 12, 13), **RG.** JW. **11** 120 (zu § 4).

Tarifst. 78. S. R. **10** 421 (zu Tarifst. 32 Abs. 1); JMBl. **10** 290 u. 291 ff. und KGJ. **38 B** 44 f. ((zu Tarifst. 32 Abs. 2); PrVerwBl. **30** 156 (zu Tarifst. 32 Abs. 10).

Druck: Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin W.